

EVOLUCIJA USTANOVE SUPERFICIJARNOG PRAVA I USPOREDBA S PRAVOM GRAĐENJA

Dr. sc. Petar Simonetti,
umirovljeni sveučilišni redoviti profesor
Rijeka

UDK: 347.235.
Ur.: 1. prosinca 2011.
Pr.: 16. siječnja 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Dug je bio put od rimskoga superficiosa (njegovih preteča), tj. prava imati zgradu na tuđem zemljištu koje u rimskom pravu nikad nije razvijeno do stupnja pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade, iako je superficijar imao posjedovnu i vlasničku zaštitu. Iako je razvoj te ustanove tendirao tome, pa se ona lako uklapala u feudalnu strukturu podijeljenog vlasništva. Ovaj razvoj poticala su još u rimskom pravu - barbarska prava koja su kao i prava srednjovjekovnih gradskih statuta u Italiji, umjesto vlasničkoga načela priraštaja davala prednost načelu po kome zgrada pripada onome koji ju je izgradio. Različite ustanove prava imati zgradu na tuđem zemljištu odvojenu od zemljišta razvile su se kao što smo vidjeli u njemačkom i austrijskom pravu prije suvremenoga prava građenja. Pravo građenja razlikuje se od superficijarnog prava po tome što samo preuzima ulogu zemljišta pa je zgrada njegov priraštaj kao da je ono zemljište iz čega proizlaze mnogobrojne prednosti osobito za nositelja prava građenja. Za razliku od superficijarnog prava koje postiže poduzetništvo pravo građenja u prvom redu štiti socijalno ugrožene jer omogućava izgradnju zgrade bez kupovine zemljišta uz malu periodičnu naknadu ili bez naknade, posebno kada ga osnivaju općine.

Ključne riječi: *superficijarno pravo, pravo građenja, pravo vlasništva.*

UVOD

Nastanak i evolucija različitih pravnih ustanova prava imati zgradu na tuđem zemljištu vezana je uz nastanak ustanove privatnog vlasništva na građevinskom zemljištu i njezine povijesne mijene.

Najstarija između tih pravnih ustanova u Europi bila je ustanova superficijarnog prava u rimskom pravu koja je evoluirala do suvremenog talijanskoga superficijarnog prava i njemu sličnih pravnih ustanova u drugim pravnim sustavima. Savršeniji oblik ima njemačka ustanova nasljednog prava građenja (Erbbaurecht), odnosno

austrijska ustanova prava građenja (Baurecht) i gotovo identične pravne ustanove hrvatskoga prava građenja, prava građenja bosanskih entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.

U ovom radu prikazuju se i ustanove prava imati zgradu na tuđem zemljištu koje prethode nasljednom pravu građenja u Njemačkoj, a nastale su davno prije ujedinjenja (1870.) i austrijska pravna ustanova Bodenzins do Zakona o pravu građenja od 26. travnja 1912. koji je noveliran 1990.

U doba industrijske revolucije u Europi izbilo je u prvi plan pravo na stan kao jedno od najvažnijih prava u borbi radničke klase za ostvarenje prava proletera (beskućnika). U to vrijeme naime, iz sela u gradove slio se veliki broj stanovništva, proletariziranog seljaštva, a oskudica stambenog prostora bila je tako velika da su u jednoj ili dvije sobe u onim bijednim „kućerinama“ stanovale obitelji od sedam, osam članova i više. Poduzetnici su ulagali kapital gradeći takve zgrade da bi izvukli profit iz toga, a morali su dijeliti stanarinu koju su plaćali najmoprimci, s vlasnicima zemljišta na kojima su izgrađene te kuće. Stanarina ionako mala jer su bile male nadnice nedostajala je za održavanje, a kamoli za obnovu tako izgrađenih zgrada koje su u onim paklenim uvjetima stanovanja trajale dvadeset-trideset godina nakon čega bi prestao ugovor o zakupu zemljišta.¹ Ovaj socijalni problem koji se najprije zaoštrio u Engleskoj, u drugoj polovini 19. stoljeća prenio se u Njemačku. Radi očuvanja socijalnog mira tražili su se načini izlaza iz toga društveno teškog stanja. Tako je već 1907. formuliran program reforme prava vlasništva na građevinskom zemljištu koji je imao za cilj stimulirati stambenu izgradnju, osnivanjem prava građenja. Ustanova prava građenja bila je već na snazi u Njemačkoj od 1. siječnja 1900. godine (§912-917 Građanskog zakonika Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), ali sa širokom slobodom ugovaranja, što je bilo u interesu vlasnika zemljišta po pravilu ekonomski jače strane u pravnom odnosu. Stoga je to pravo temeljito reformirano socijalnim elementima Uredbom o nasljednom pravu građenja sa zakonskom snagom u Weimarskoj Republici Njemačkoj od 15. siječnja 1919.

Ustanova superficijarnog prava u rimskom pravu razvija se u sasvim drugim uvjetima po načelima rimskoga građanskog prava nasuprot kogentnom načelu *superficies solo cedit* koje ne poznaje iznimke što znači da sve što se izgradi poslije ili zasadi postaje vlasništvo vlasnika zemljišta bez obzira tko je gradio, posijao ili zasadio i sa čijim sredstvima.

Kao što je pravo na život prirodno pravo čovjeka, takvo je i njegovo pravo stanovanja i privređivanja sredstava za život na planetu Zemlji, jer on nema druge postojbine, osim „ove jedine zemlje“.² Ali je površina zemljišta, iako nije tvorevina čovjeka, u gusto naseljenim područjima, mjestima i gradovima odavna isparcelirana na objekte prava vlasništva koji pripadaju malobrojnima, pa su svi drugi lišeni prava da ih koriste bez suglasnosti vlasnika kome za njihovo korištenje, po pravilu,

1 Engels, F., Položaj radničke klase u Engleskoj. Na osnovu sopstvenih posmatranja i autentičkih dokumenata (K. Marx – F. Engels, Dela, tom IV., Prosveta, Beograd, 1968.).

2 Tekst pod navodnicima naslov je knjige –Supek, R., Ova jedina zemlja, Naprijed, Zagreb, 1973.

plaćaju odgovarajuću naknadu³ neposredno ili posredno. Većina, dakle, plaća manjini naknadu za pravo da smije stanovati na Zemlji, prirodnoj tvorevini koju je ta manjina tijekom povijesti „uzurpirala“ kao da su dijelovi Zemlje *res nullius* koji pripadaju onome što ih prvi prisvoji kao da su pokretne stvari (*res nullius cedit primo occupanti*).

S druge strane, po rimskom građanskom pravu, sve što se trajno spoji sa zemljištem postaje sastavnim dijelom zemljišta, pa nije vlasnik zgrade onaj tko ju je izgradio na tuđem zemljištu (makar sa svojim materijalom), već je to vlasnik zemljišta. *Superficies solo cedit* nema iznimke. Ovo načelo slijede suvremena prava kontinentalne Europe koja predstavljaju nastavak načela rimskog prava, ali samo kao dispozitivno pravilo.

U povijesti privatnog prava vlasništva na zemljištu, u srednjem vijeku, razvile su se takve pravne ustanove koje su ograničavale načelo *superficies solo cedit*, ili su ga svodile na dispozitivno pravilo, ili je ulogu zemljišta preuzimalo pravo imati vlastitu zgradu na tuđem zemljištu.

Najznačajnija povijesna pravna ustanova koja se razvila u sukobu s načelom *superficies solo cedit* bio je rimski *superficies*. Ona je izvršila presudan utjecaj na suvremene ustanove pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade - prava imati vlastitu trajnu zgradu na tuđem zemljištu.

Našu pozornost zaokupljaju i pravne ustanove prava korištenja radi građenja kao i trajnog prava korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu koje se transformiralo u pravo vlasništva vlasnika zgrade.⁴

Najprije se prikazuje geneza, razvoj i pravna priroda rimskog *superficies* a ustanova koje su mu prethodile, njegove modifikacije u općem (pandektnom) pravu i njegova preobrazba u ustanovi podnine (Bodenzins) u austrijskom Općem građanskom zakoniku (§§ 1122.-1150. - OGZ). Opći građanski zakonik stupio je na snagu 1.1.1812., a bio je na snazi i na pretežnom dijelu područja današnje Republike Hrvatske od 1815., 1816., 1820. i 1853., dok se OGZ u Bosni i Hercegovini *via facti* primjenjivao od 1878. do 1918. I na jednom i na drugom području OGZ je bio pozitivan propis u versajskoj Jugoslaviji do 6. travnja 1941.

Francuski Code civil, iako nije uredio ustanovu superficijarnog prava, dopušta pravno razdvajanje zemljišta i zgrade na temelju pisanog pravnog posla (čl. 553.). To dopušta i prvi talijanski Codice civile od 1865. (čl. 448.), koji se primjenjivao od 1. srpnja 1929. na onom dijelu današnje Republike Hrvatske koji je bio pod talijanskim suverenitetom od 1920. do 1947.⁵ (od Rapalskog ugovora - 1920., odnosno Rimskog ugovora 1924. za Rijeku, do stupanja na snagu Ugovora o miru FNRJ s Italijom 15. rujna 1947., odnosno na području Slobodnog teritorija Trsta

3 Marxova misao.

4 Simonetti, P., Rimsko superficijarno pravo i pravne ustanove koje prethode hrvatskom pravu građenja, u: Simonetti, P., Rasprave iz stvarnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2001.

5 Talijanski Codice civile protegnut je na to područje na temelju kraljevskog Dekreta od 1. srpnja 1929. (Butera, La proprietà di case per piani, UTET, Torino, 1933., p.15.).

sjeverno od rijeke Mirne sve do 28.10.1954). Francuski Code civil primjenjivao na području ilirskih pokrajina, Istre i Dalmacije (1806.-1815.).⁶

Pravo FNRJ/SFRJ također je dopuštalo pravno odvajanje zgrade od zemljišta u privatnom vlasništvu.⁷ Zgrade su *ex lege* bile odvojene od zemljišta u društvenom vlasništvu, a zgrade u etažnom vlasništvu i od zemljišta u privatnom vlasništvu. Pravo suvlasništva na zemljištu nije se protezalo na zgradu.

Skrećemo pozornost i na primjenu pravnih pravila o pravu građenja iz austrijskoga Zakona o pravu građenja od 26. travnja 1912. godine, koji je bio na snazi na području Višeg zemaljskog (Apelacionog) suda u Splitu do 6. travnja 1941. godine, a na onom dijelu koji je bio ustupljen Kraljevini Italiji primjenjivao se do 1. srpnja 1929. Nakon toga se na tom području primjenjuje talijanska ustanova superficijarnog prava do gore navedenih datuma (15.9.1947. i 28.10.1954.) o važenju talijanskoga CC-a.

Postavlja se pitanje može li se na temelju ugovora zaključenih po pravilima o pravu građenja, odnosno talijanskoga superficijarnog prava uknjižiti pravo građenja po sadašnjem pravu. O tomu se raspravlja u drugom radu.⁸

1. RIMSKO NAČELO SUPERFICIES SOLO CEDIT

Sve što se posije, zasadi i izgradi na površini zemljišta integralni je dio zemljišta. Vlasnik zemljišta stječe pravo vlasništva na svim pokretnim stvarima kada se inkorporiraju u zemljište bez obzira tko ih je ugradio (vlasnik i netko drugi) i s čijim sredstvima je to učinjeno. *Superficies est omne id, quod supra soli facien est; ut arbores, plante, praepimis aedificia, que quis in alieno solo aedificavit, consentiente domino*⁹ ili kako kaže Gaius: *Ex diverso si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium, cuius et solum est* (D. 41,1,7,12).

Pravilo *superficies solo cedit* izražava bit prirode rimskoga prava vlasništva koje se proteže *usque ad inferos et usque ad sidera* (sve do pakla i do zvijezda). Pravo vlasništva na zemljištu prostorno je neograničeno u dubinu i u visinu. Ono se proteže na sve stvari koje se nerazlučivo spoje sa zemljištem: *cuius est solum eius est usuque ad celum et ad inferos*. Zemljište je *ex iure* glavna stvar, a po načelu *accessorium cedit principal*, sve što se sa zemljištem nerazlučivo spoji gubi svoju pravnu autonomiju, postaje integralni dio zemljišta kao homogenog objekta prava vlasništva i drugih stvarnih prava (*iura in re aliena*). Kogentna norma isključuje horizontalnu diobu objekta (nekretnine) prava vlasništva na zemljištu i zgradi. Zato bi ugovor o takvoj diobi bio pravno ništetan.

6 Čulinović, F., Državnopravna historija jugoslovenskih zemalja, Školska knjiga, Zagreb, 1961., str. 209.

7 Na temelju pravnog posla mogla se odvojiti trajna zgrada od zemljišta u privatnom vlasništvu (čl. 6. st. 1. Zakona o prometu zemljišta i zgrada Sl. list FNRJ 26/54.

8 Simonetti, P., Rimsko superficijarno pravo i pravne ustanove koje prethode hrvatskom pravu građenja.

9 Voet, ad Pandectas, lib XLIII, tit. 18.

Prostorno neograničeno pravo vlasništva na zemljištu u dubinu i u visinu je, dakle, zaštićeno imperativnom normom. Prema shvaćanju rimskih pravnika pravilo *superficies solo cedit* izražava harmonično jedinstvo civilnog i prirodnog prava: "... *proprietas est civile et naturali iure eius est cuius et solum*" (D. 43, 18, 2). ili kako kaže Ulpianus: "*naturale ius, quid superficies ad dominium soli pertinent*", odnosno "*semper enim superficies solo cedere*" (D. 43, 17, 3, 7). Ovu misao Paulus sažima riječima: "*sic et in tradendo si quis dixerit se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat quae natura solo cohaerat*" (D. 44, 7, 44, 1). U jednoj konstituciji Severa i Caracalae od 213. godine kaže se: "...*id quod in solo tuo aedificandum est quo ad in eadem causa manet, iure ad te pertinet...*" (C. 3, 32, 2, 1).

2. PRAVNE USTANOVE KOJE SU PRETHODILE RIMSKOM SUPERFICIESU (SUPERFICIJARNO PRAVO)

Potreba za građenjem na tuđem zemljištu postoji tamo gdje se ustalila pravna ustanova privatnog vlasništva na prostorno ograničene dijelove Zemljine kugle: građevinske čestice uspostavljene tijekom raspada ustanova kolektivnog vlasništva na urbanom zemljištu.

Po rimskom pravu, međutim, onaj koji bi izgradio zgradu na tuđem zemljištu, ne bi stjecao pravo vlasništva na zgradu, već bi zgrada bila vlasništvo vlasnika zemljišta po načelu *superficies solo cedit*.

Pravni temelj građenja na tuđem zemljištu u najranije doba rimskog civilnog prava mogao je biti ugovor o dugogodišnjem zakupu ili neki njemu sličan pravni posao. Ali na temelju ni jednog pravnog posla nije se mogla pravno odvojiti trajna zgrada od zemljišta, jer je *superficies solo cedit* načelo bez iznimke. Zakupnik bi imao pravo uporabe zgrade na temelju ugovora o zakupu ili koje druge privatnopravne osnove i u slučaju da je sam izgradio zgradu svojim sredstvima, jer bi zgrada po željeznom načelu *superficies solo cedit* i tada bila pravno sastavni dio zemljišta i zajedno sa zemljištem vlasništvo vlasnika zemljišta. Ne postoji, dakle, mogućnost da graditelj bude vlasnik zgrade ako nije vlasnik zemljišta, već je vlasnik zemljišta uvijek vlasnik na njemu izgrađene zgrade, ma tko da je zgradu izgradio s dopuštenjem ili protiv dopuštenja vlasnika zemljišta (D 43,18,2 *Gaius Libro vicesimo quinto ad aedictum provinciale Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt: quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum*).

Dug je bio put od prvobitnog, ugovornog prava građenja na tuđem zemljištu do *superficies*a, ograničenog stvarnog prava na tuđem zemljištu, *iure in re aliena*, ili po nekima, čak superficijarnog vlasništva na zgradu u postklasičnom pravu koje je obuhvaćeno Justinijanovom kodifikacijom (*Corpus iuris civilis*). Superficies se, izvan svake sumnje, mogao osnivati i na postojećim zgradama.¹⁰

10 Horvat M., Rimsko pravo, Školska knjiga, Zagreb, 1980., str. 166.

U starije vrijeme, kad još nisu bile šire razvijene potrebe građenja na tuđem zemljištu i kada se rijetko sklapao ugovor o dugogodišnjem zakupu radi građenja na privatnom zemljištu, koncesija *ad aedificandum in solo publico*, imala je širu primjenu, odnosno tom su se koncesijom zadovoljavale potrebe izgradnje zgrada privatnih osoba na javnom (državnom) zemljištu, odnosno na javnom dobru (*in solo publico*).

2.1. Koncesija za građenje na javnom zemljištu (*concessio ad aedificandum in solo publico*)

Začetak i razvoj pravnog instituta *superficies* razumjet će se bolje ako se prethodno izloži geneza i pravna priroda pravne ustanove koncesije za građenje na javnom zemljištu (*in solo publico*), koja prethodi dugogodišnjem zakupu radi građenja na privatnom zemljištu. Osim toga, ova koncesija u izvjesnom smislu preteča je superficijarnog prava, stvarnog prava na tuđem zemljištu (*ius in re aliena*).

Graditelj kome je dana koncesija *ad aedificandum in solo publico* uz obvezu plaćanja solariuma stjecao je pravo uživanja i raspolaganja (*fruenti et abutendi*) zgradom za dugi vremenski period ili praktično – za trajno pravo. Tako se pomirilo gvozdeno načelo neotuđivosti javnog zemljišta u vlasništvu rimske države s interesima rimskih građana da grade zgrade na tom zemljištu.¹¹

Koncesionar koji je podigao zgradu *in solo publico* imao je pravo s njom raspolagati, otuđiti je kako *inter vivos* tako i *mortis causa*, pa čak i pravo razoriti je.¹² Ali, “ako netko npr. proda barake u kojima su radili mjenjači, ili neke druge koje su podignute na javnom zemljištu, on ne prodaje zemljište, nego samo pravo (uporabe), jer su barake javne, ali je njihova poraba privatna.”¹³ U tom slučaju, naime, prenosi se obvezno pravo uporabe baraka, a ne pravo vlasništva ili koje drugo stvarno pravo.

Prema nekim romanistima ipak se čini da nije postojala zapreka za konstituiranje prava uživanja zgrade na javnom zemljištu koje je bilo zaštićeno akcijom *in rem*, slično kao *ius in agro vectigali*.¹⁴

Premda klasični izvori rimskoga prava upućuju na ugovor o zakupu kao pravnu osnovu koncesije *in solo publico*, neki suvremeni romanisti smatraju da bi bila inkompatibilna privatnopravna zaštita koncesionara prema koncedentu, državi ili gradskoj općini, kakva proizlazi iz ugovora o zakupu.¹⁵ Oni smatraju, dakle, da je država ili lokalna uprava davala koncesiju kao vlast, te da nije kao građanskopravna osoba neposredno zaključivala ugovor o zakupu.

11 Pastori Franco, *La superficie nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1962., str. 34.

12 Arangio – Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 1934., p. 249; D.18. 1, 32.

13 Prijevod Romac A., *Izvori rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1973. (313., D 6, 1, 74, ... Paulus...)

14 Arangio - Ruiz, op. cit., p. 249. – 250.

15 Pastori, op. cit., p. 35.-38. (tamo citirana djela) i Arangio - Ruiz, op. cit., str. 250.

2.2. Zakup zemljišta radi građenja (*Conductio plenior ili conductio ad modum irregularis*)

Među privatnicima koncesija *ad aedificandum*, mogla se konstituirati samo na osnovi ugovora koji nije mogao biti temelj kreiranja stvarnog prava. To je bio ugovor o zakupu, koji je zakupniku – superficijaru, davao pravo uporabe tuđeg zemljišta na kome je podignuta zgrada koja je bila bez iznimke sastavni dio zemljišta. Ovaj pravni odnos mogao se eventualno konstituirati i na osnovi ugovora o kupoprodaji obveznog prava uporabe zgrade na koji bi se nadovezao ugovor o zakupu zemljišta.¹⁶ U ovom slučaju, po mišljenju Bartolusa, ostaje (zadržava se) ugovor o zakupu zemljišta (zakupopravni odnos) i nakon razaranja zgrade.¹⁷ Naprotiv, ako je i objekt zakupa sama zgrada, logično je da s rušenjem zgrade prestaje ugovor o zakupu, odnosno zakupopravni odnos. Po drugom shvaćanju, međutim, između ugovora o zakupu gologa zemljišta i ugovora o stjecanju prava uporabe zgrade na tuđem zemljištu, nema divergencije pa se ne može činiti razliku. Ovu razliku ne čine ni pravni izvori. Zakup postojeće zgrade u skladu s civilnim pravom proteže se i na zemljište potrebno za njenu uporabu.¹⁸

Za razliku od običnog zakupa - *simplex* ili *vulgaris*, zakup zemljišta radi građenja (izgradnje zgrade) zvao se *conductio plenior* odnosno *conductio ad modum irregularis*.¹⁹ Bitna razlika između običnog zakupa zemljišta i superficijarnog zakupa je što prvi ugovor o zakupu ovlašćuje zakupnika da crpi plodove zemljišta (*frui*), a drugi - da koristi zemljište za točno određenu svrhu - radi podizanja zgrade i radi njene uporabe u skladu s ugovorom i namjenom zgrade. Tako je po *ius civile*, uz tipičan zakup (*conductio simplex*), uveden *conductio plenior*, koji se do izgradnje zgrade veže uz golo – neizgrađeno zemljište, a ovlašćuje zakupnika da izgradnjom zgrade iz temelja transformira površinu zemljišta, njenu namjenu. No, nakon izgradnje, zgrada, a ne zemljište, izbija u prvi plan, odnosno ona postaje zapravo objekt superficijarnog zakupa. Time se započinje odvajanje *superficies* - kao autonomnog prava na zgradu, odnosno još uvijek obvezno pravo, ali koje će u daljnjem razvoju, kako će se kasnije vidjeti, postupno dobivati obilježja samostalnog stvarnog prava.

Do sada smo polazili od pretpostavke da je ugovor o zakupu jedini pravni temelj obveznog prava uporabe i uživanja zgrade na privatnom zemljištu, a kupoprodaja samo kao cesija toga prava. U izvorima se, međutim, pored ugovora o zakupu, spominje i kupoprodaja, kao i legat, pa i darovanje.²⁰ Razumije se da je sve dotle dok je *superficies* imao obilježja obveznog prava, konstitutivna osnova bio samo svojevrсни zapis, *legatum simendi modo*, koji bi se, kako kaže Pastori, mogao koncipirati, tj. pojmovno formulirati ovako: *heres meus dare esto sinere...*

16 Arangio – Ruiz, op. cit., 249.-250.

17 Vidi: Pastori, op. cit., p. 39.

18 Pastori, op. cit., p. 39.- 40.

19 Pastori, op. cit., p. 40-41.

20 Pastori, op. cit., p. 43.-67.

*ut superficiem fruatur.*²¹ Izvjesno je, naime, da civilno pravo dopušta uživanje *superficies*a (zgrade) samo na temelju ugovora o zakupu. Zato se i interdiktom *de superficiebus* štiti samo pravo uživanja zgrade koje je osnovano *ex lege locationis sive conductionis*.

3. ZAČETAK SUPERFICIJARNOG PRAVA

Kada se tijekom vremena pojam superficijarnog prava približio pojmu ne-tjelesne stvari (*res incorporalis*), koje se može steći pravnim poslom koji stvara (kreira) obvezu *dare rem*, po analogiji nije bio isključen ni pravni posao o osnivanju superficijarnog prava - *dare superficiem*. Na toj etapi postupne transformacije superficijarnog prava, od obveznog u stvarno pravo, kupoprodaja zamjenjuje ugovor o zakupu, kao konstitutivni akt. U slučaju oblikovanja superficijarnog prava, dakle, moramo razlikovati dvije faze. Prva, u kojoj je pravo uporabe ili pravo uživanja zgrade zasnovano na ugovoru o zakupu, i druga, kada se superficijarno pravo izdvaja kao samostalno pravo koje se može steći na osnovi ugovora o kupoprodaji, darovanjem ili izjavom posljednje volje - legatom.²²

Sve dotle dok posljedice koje proizlaze iz načela *superficies solo cedit* nisu došle u sukob s gospodarskim potrebama rimskoga društva, dok je postojalo relativno harmonično jedinstvo civilnopravne forme s društveno-ekonomskim potrebama, svi pravni odnosi koji proizlaze iz građenja na tuđem zemljištu su se osnivali, mijenjali i razrješavali, na temelju i posredstvom ustanova civilnog prava. U vrijeme kada društveno-ekonomski odnosi dolaze u sukob s civilnopravnom dogmom, počinje se razvijati *ius honorarium* kao antiteza civilnog prava, kao nastojanje da se novom pravnom formom obuhvate novonastali društveno-ekonomski, odnosno obveznopravni odnosi. Ova teza se potvrđuje i u temi koja se ovdje razmatra. Honorarno pravo je, naime, omogućilo da se pravo uporabe ili pravo uživanja zgrade izdvoji iz krila civilnog prava kao samostalno superficijarno pravo. Pastori smatra da bi uzalud tražili začetak superficijarnog prava u okviru civilnog rimskog prava, već da nas njegova geneza vodi izravno u barbarsko pravo.²³

Začetak superficijarnog prava, međutim, najprije se javlja u administrativnim (javnopravnim) koncesijama za građenje na javnom zemljištu,²⁴ da bi se kasnije razvijalo iz privatnopravnog odnosa na zemljištu u privatnom vlasništvu. U starije vrijeme, uostalom, ugovor o zakupu privatnog zemljišta radi građenja imao je vrlo usku primjenu. Interes za građenje na privatnom zemljištu povećava se tek u posljednjem stoljeću Republike, usporedo s porastom stanovništva u gradovima.²⁵

21 Pastori, op. cit., p. 65.

22 Pastori, op. cit., p. 57.-61.

23 Pastori, op. cit., p. 71.

24 Pastori, op. cit., p. 70.

25 Ovaj se interes povećava još više u doba principata kada broj stanovnika Vječnog grada prema nekim proračunima dostiže zastrašujuću brojku od 1.200.000 do 1.500.000. Vidi: A. Romac: Stambene prilike u starom Rimu, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XXIII,

Tada se kao posljedica velike koncentracije zbog sve bržeg porasta stanovništva na uskom prostoru javlja i oskudica građevinskog zemljišta. Izlaz je nađen u građenju na tuđem zemljištu u privatnom vlasništvu i u izgradnji višestambenih zgrada s većim brojem katova. Ova horizontalna i vertikalna ekspanzija građevinskog (stambenog) prostora (objekata) neminovno je došla u sukob s civilnim konceptom prava vlasništva, koje se proteže “do pakla i do zvijezda.” Graditelji su po civilnom pravu mogli podijeliti korištenje zgrade samo po obveznopravnoj osnovi. Na temelju ugovora može se uživati i samo horizontalni dio zgrade, kao što se do sada mogla uživati zgrada u cjelini, kada je bila podignuta na tuđem zemljištu na osnovi ugovora koji je proizvodio obveznopravne učinke. Dakle, objekt zakupa može biti i samo jedan stan u zgradi koja ima više stanova, odnosno više katova.²⁶

Zakupnik zemljišta i njegovi univerzalni sljednici imali su samo obveznopravnu zaštitu prema zakupodavcu (vlasniku zemljišta): *actio conducti* ili *actio empti*. Prema trećima, uključujući i singularnog sukcesora prava vlasništva na zemljištu, oni nisu uživali nikakvu pravnu zaštitu, niti je singularni sljednik zakupnika imao pravnu zaštitu prema zakupodavcu, budući da nije bio s njim u ugovornom odnosu. Protiv novog vlasnika superficijar je mogao potražiti samo indirektnu zaštitu podižući *actio conducti* protiv ranijega vlasnika, s kojim je zaključio ugovor o zakupu i od njega zahtijevati naknadu štete. Međutim, ako je kupac obećao prodavatelju - vlasniku zemljišta, da će respektirati prava superficijara, tada je raniji vlasnik mogao ustupiti tužbu superficijaru protiv novoga vlasnika (kupca)²⁷ radi zaštite svoga prava.

3.1. *Razvoj superficiesa do Justinijanove kodifikacije*

Sljedeći korak u korist superficijara učinio je pretor već u klasično doba, kada mu je protiv svakoga (trećeg) dao interdiktnu zaštitu (*interdictum de superficibus*) u slučaju smetanja ili oduzimanja posjeda. Postupno je pretor počeo davati superficijaru i petitornu zaštitu - *actio in rem*, koja je također djelovala prema trećima. Prvobitni obveznopravni odnos postupno se preobražava pod utjecajem specifičnog oblika pravne zaštite, tako da se u Justinijanovu pravu javlja kao stvarnopravni odnos, zaštićen tužbama *in rem*, analogno pravu vlasništva (*utilis reivindicatio*, *actio negatoria* i *actio confessoria*), a osniva se ugovorom o kupoprodaji ili na temelju izjave posljednje volje - *legatum per vindicationem*.²⁸

Sporno je, je li pretor počeo davati superficijaru petitornu zaštitu već u klasično doba ili tek u postklasično doba. Arangio-Ruiz,²⁹ koji odbacuje ovu mogućnost, navodi da se u frazi danoj interdiktnoj klauzuli “*si quia alia actio de*

1975., str. 144; D. Knežić-Popović: Počeci razvoja superficiesa, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XXIX, 1981., str. 248.

26 Pastori, op. cit., p. 72. - 73.

27 Arangio - Ruiz, op. cit., p. 250.

28 Marijan Horvat: Rimsko pravo, Zagreb, 1954., prvi svezak, str. 206.-207.; S. Di Marzo, Istituzioni di diritto romano, Giuffrè, Milano, 1938., 266-268.

29 Arangio-Ruiz, op. cit., p. 250.-251.

superficie postulabitur, causa cognita dabo” kao aluzija na *actio in rem* suglasno modelu reivindikacije, raspoznaje ili nazire justinijanska interpolacija. Naime, budući da je dao shemu interdikta, koji ne spada među akcije, pretor nije mogao reći “*alia actio*”, već je kasnije Justinijanovo pravo koncipiralo interdikte kao akcije. Uostalom, inkompatibilna je akcija *in rem* s akcijom *conducti i empti*. Napokon, pretorski edikt strogo razgraničava akcije od interdikata. Dok akcije prema ovoj sistematizaciji spadaju u *pars de iudiciis* (D. V. 2-VIII-5), interdikti su uvršteni u jedan dodatak (D., I. XLIII). Po njegovu shvaćanju, u klasičnoj epohi je samo iniciran preobražaj superficijarnog prava s prilagođivanjem kontraktualnih akcija i pružanjem posjedovne zaštite superficijaru.³⁰ Prepoznavanje superficijarnog prava kao stvarnog prava uslijedilo je u Justinijanovoj kodifikaciji, iako je možda proizašlo iz dijela postklasične jurisprudencije.³¹ Arangio-Ruiz navodi, da su u pravcu preobražaja superficijarnog prava od obveznog u stvarno pravo djelovala dva čimbenika. S jedne strane, zbog dugotrajnosti zakupnog odnosa postupno se gubila svijest o antitezi između ugovora kao izvora prava i obveze i konstitutivnog akta superficijarnog prava a, s druge pod utjecajem prava iz grčkih provincija, koje nije poznavalo rimsko načelo *superficies solo cedit*, došlo je do “kontaminacije” klasičnog prava barbarskim pravom (pravima). Ukoliko stari princip nije negiran, već je superficijarno pravo svrstano u kategoriju prava na tuđoj stvari, uslijedilo je još jedno kompromisno rješenje između staroga i novoga - između rimskoga (kviritskog) i orijentalnoga prava, karakteristično za Justinijanovu kodifikaciju.³²

Arangio-Ruiz ističe da su superficijaru po Justinijanovu pravu pripadala, i da su se protiv njega mogla koristiti, u granicama njegovih interesa i njegove odgovornosti, sva sredstva koja su inače pripadala vlasnicima ili su se protiv njih koristila glede zaštite susjedskih prava (konfesorne i negatorijske akcije, *aque pluviae arcenae, cautio damni infecti* itd.). U istim granicama dopuštalo se osnivanje prava stvarne služnosti na zgradi ili u korist vlasnika povlasne zgrade koja je pripadala superficijaru, kao objekt prava uživanja. Sve je to bilo nepoznato u klasičnom rimskom pravu, zaključuje ovaj autor.³³

30 Tako i naši romanisti: Horvat, op. cit., str. 207.; M. Boras – L. Margetić, Rimsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1998., str. 225. Boras i Margetić drže da “u postklasičnom pravu superficijar ima stvarno pravo slično vlasništvu ako je gradió uz odobrenje vlasnika zemljišta.”

31 Arangio-Ruiz, op. cit., p. 251. Pobijajući ovu interpretaciju interdikta de superficie; D. Knežić-Popović op. cit., str. 256., zaključuje da stvarnopravna zaštita *superficies* ima klasično podrijetlo i da to potvrđuje i Paulus koji decidirano kaže: “...*quia hodie utiles actiones superficies dantur*” (D. 13.7, 16.2) te da je to novo stvarno pravo već u klasično doba “moglo da bude formirano” (str. 258.); Di Marzo, op. cit., pretpostavlja da je preobražaj *superficies* a u stvarno pravo vjerojatno započeo tek u postklasično doba.

32 Arangio-Ruiz, op. cit., p. 251.

33 Arangio-Ruiz, op. cit., p. 252.

3.2. *Priroda superficiesa*

Prema vladajućem shvaćanju *superficies*, na kraju njegova povijesnog razvoja, nije osobno pravo (*ius ad personam*) nego stvarno pravo na tuđoj stvari (*ius in re aliena*), koje se može otuđiti među živima i za slučaj smrti. Superficijar ima pravo založiti zgradu i opteretiti je služnostima. Njegova je dužnost plaćati solarium i snositi sve javne terete. *Superficies* se može steći i pravnim poslom i na originaran način, dosjelošću. Ovo pravo prestaje relativno, kada ga drugi stekne. Dakle, tradicijom i apsolutno: derelikcijom; propašću stvari; stavljanjem zgrade izvan prometa; konfuzijom; nastupanjem rezolutivnog uvjeta; istekom vremena i kada superficijar umre bez nasljednika.³⁴

Sporno je, međutim, i među današnjim romanistima, je li *superficies* samo stvarno pravo na tuđoj stvari ili je s njime bilo spojeno i superficijarno vlasništvo zgrade. Tako npr. Biondi smatra da je *superficies* zapravo superficijarno vlasništvo kada se njegovim osnivanjem odvoji postojeća zgrada ili (kad se na njemu izgradi zgrada), a ne samo ograničeno stvarno pravo na tuđoj stvari, koje egzistira sa zgradom ili bez zgrade (kad se ne izgradi ili postojeća zgrada sruši). Pugliese, koji odbacuje ovu tezu, smatra da je *superficies* samo stvarno pravo na tuđoj stvari, iako različito od drugih stvarnih prava uporabe tuđe stvari (zemljišta). Branca ide srednjim putem. Budući da odbacuje i jednu i drugu tezu, kao ekstremne, ovaj autor zaključuje da *superficies* nije u formalnom smislu davao njegovom nositelju pravo vlasništva na zgradu, ali da je izražavao takvu tendenciju pravnog poretka, tj. da je ovaj pravni institut težio pravu vlasništva. Maschi, pak, ističe da je *superficies* prema Justinianovoj dogmatici, kako proizlazi iz pojedinačnih odluka, oblik prava vlasništva zgrade, ali da ta činjenica (pojava) nema pragmatičke potvrde zakonodavca u tom pravcu.³⁵ Govoreći suvremenim jezikom, prema sudskoj praksi zgrada je bila samostalni objekt prava (vlasništva ili drugog samostalnog stvarnog prava) pravno odvojen od zemljišta *superficiesom*, iako za ovo nije postojao oslonac u pravnim normama, tj. u objektivnom pravu.

Izloživši kritici suprotstavljena mišljenja, Pastori zaključuje da je, sa stajališta pozitivnog prava (Justinianovog), *superficies ius in re aliena* i da je superficijarno vlasništvo samo idejna smjernica sustava koja je, doduše, rukovodila kodifikatora, ali koja nije nikada dobila svoj pozitivnopravni izraz.³⁶ Bonfante definira *superficies* u Justinianovom pravu kao otuđivo i nasljedivo stvarno pravo potpunog uživanja zgrade ili dijela zgrade sa ili bez obveze plaćanja solariuma.³⁷ Obveza plaćanja solariuma nije bitan sastojak rimskoga *superficiesa* u završnoj etapi njegovoga razvoja (evolucije) iz Justinijanove kodifikacije.

U Justinianovom pravu formalno je ostalo neokrnjeno načelo *superficies solo cedit* kao izraz građanskopravne koncepcije pravno neograničenoga vlasništva

34 A. Egersdorfer, *Predavanja o institucijama rimskog prava*, sv. 1., Zagreb, 1919., str. 154.

35 Vidi: Pastori, op. cit., p. 204. gdje su izložena ova gledišta.

36 Pastori, op. cit., p. 220.; tako i Pacifici-Mazzoni, op. cit., p. 279.

37 P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 10 ed., Giuffrè, Milano, 1987., str. 287.-288.

koje se proteže “do neba” i „do pakla“ (*cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos.*) Inače, *coelum liberum esse debet*, dakle dobro čovječanstva, govoreći suvremenim pravnim jezikom. Ali je to načelo faktički ograničeno u korist superficijara. Sukob između civilnopravnog i pretorskog vlasničkog režima na neki način se osjeća i u Justinijanovoj kodifikaciji, pod utjecajem feudalne ustanove kolektivnog podijeljenog vlasništva više ovlaštenika. Ovo pravno stanje ovjekovječuje *Glossa ordinaria* (oko 1250. g.). Kasnija romanistička znanost, koja je odbacila ovu pravnu koncepciju, orijentirala se na izvorne tekstove koji su prethodili superficijarnom pravu i uočila da ono potječe iz sudske prakse ili pravnih običaja koji su imali dugu tradiciju kod orijentalnih i germanskih naroda (barbarsko pravo).³⁸

4. SUPERFICIES U OPĆEM (PANDEKTNOM) PRAVU³⁹

Nakon potiskivanja Vizigota, 554. godine nove ere, Justinijanova kodifikacija protegnuta je na cijelu Italiju, ali od kad su Longobardi zauzeli sjevernu Italiju (568. godine) primjenjivala se, i to bez Digesta, samo na jugu Apeninskog poluotoka. Primjena Digesta, odnosno Pandekta u Italiji povezana je s djelovanjem škole glosatora (u 12. i 13. stoljeću), a zapravo je ova primjena tekla usporedo s oživljavanjem robno–novčane razmjene (tržišta) na tom području.⁴⁰ Ali i langobardsko pravo poznaje načelo *superficies solo cedit*⁴¹, iako po tom pravu pod određenim pretpostavkama graditelj stječe pravo vlasništva građenjem na tuđem zemljištu (inverzija načela *superficies solo cedit*).⁴² Ovo je bilo karakteristično za barbarska prava koja su bila pod utjecajem koncepcije prava na rezultate rada,

38 Pastori, op. cit., p. 17.

39 Prema Predavanjima dr. A. Egersdorfera o pandektama, Opći dio i stvarna prava, Zagreb, 1928.

40 Horvat, str. 79. – 80.; A. Romac, Rimsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 1988., str. 83.; šire o tome: M. Roberti, Storia del diritto italiano, CETIM, Milano, 1946., u kojoj se razmatraju tri razdoblja: prvo, od pada Zapadnog Rimskog Carstva do 1100. g. u kome se vidi jak utjecaj germanskoga i drugih barbarskih prava (početak toga utjecaja zapaža se već u 1. stoljeću pr. Kr.), iako rimsko privatno pravo ne iščezava u običajnom pravu; u drugom razdoblju (epoca neolatina: 1100.-1790.), povratak na izvore rimskoga prava izvršili su glosatori iza kojih slijede komentatori (postglosatori) koji prenose rimsko pravo (pandekta) u srednju i zapadnu Europu, nakon čega slijedi doba nacionalnih država (16. st. do Francuske revolucije) i izvjesne promjene u pandektnom pravu karakteristične za opće pravo (*diritto commune*); nakon 1792. godine nastupa epoha građanske države, građanskih kodifikacija pod jakim utjecajem rimskog prava, što se osobito izražava u francuskom Code civilu. O povijesti prava na području Italije od pada Zapadnog Rimskog Carstva do modernog doba u svjetlu općih razmatranja, vidjeti: E. Besta, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, CEDAM Padova, 1926.

41 L. Margetić: Antika i srednji vijek, Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1995., str. 177.

42 Massimo Basile, Osservazioni in tema di rapporti fra accessione e comunione, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Dicembre 1968, str. 1311.

dakle, suprotno načelu iure accessionis koje je davalo prednost prava vlasništva na zemljište (*iure accessionis*) u odnosu na princip škole prirodnog prava po kome rezultat rada pripada njegovom tvorcu,⁴³ a zapravo poduzetniku, tj. vlasniku kapitala kojim je u procesu proizvodnje iznajmljena tuđa radna snaga.

Glosatori i komentatori (postglosatori) su putem svojih učenika širili primjenu Pandekta na šire područje, izvan granica Italije u zapadnu i srednju Europu usporedno s razvojem trgovine.⁴⁴ Smatra se da je proces recepcije rimskoga prava uglavnom izvršen u 15. i 16. stoljeću “u mnogim državama srednje Europe”⁴⁵, pri čemu je “povoljno djelovala i politička tendencija obnove ‘Svetog rimskog carstva njemačke narodnosti’”⁴⁶ koje se formalno raspalo tek 6. kolovoza 1806. godine, uslijed širokog i dubokog Napoleonovog prodora u srednju Europu i sjevernu Italiju.

U Pruskoj je opće (pandektno) pravo bilo derogirano pruskim Općim zemaljskim pravom (Landrecht), godine 1794.,⁴⁷ ali je na preostalim područjima srednje Europe produžilo svoj život u sudskoj praksi do derogiranja suvremenim građanskim zakonima (u Austriji stupanjem na snagu OGZ-a).⁴⁸

Opće (pandektno) pravo⁴⁹, međutim, primjenjivalo se supsidijarno jer su primat imale lokalne pravne ustanove,⁵⁰ pa tako i specifične pravne ustanove ekvivalentne rimskom *superficiesu* kao što se vidi iz njihova kratkoga prikaza u pojedinim njemačkim zemljama (infra).

S druge strane, akademik L. Margetić navodi da su “nasadi i građevine na tuđem zemljištu predstavljali realan (su) problem ... koji nije bilo lako riješiti s obzirom na srednjevjekovno shvaćanje da plodovi nečijeg rada pripadaju njemu, a ne vlasniku zemlje...” što je bilo u opreci s klasičnim načelom *superficies solo cedit*.⁵¹ Stoga se npr. u francuskom običajnom pravu *superficies* pretvarao u pravo vlasništva pod utjecajem Francuske revolucije.^{52,53} Načelo *superficies solo cedit* i formalno je derogirano u pojedinim gradskim statutima, kao npr. u Statutu grada Ancone u Italiji, koji je propisivao upravo suprotno načelo: *solum cedit superficiei*.⁵⁴

43 Šire o tome, Barca/Marvasi, *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004., str. 18-26.

44 Horvat, op. cit., Romac, op. cit., str. 83., Margetić, op. cit., str. 213.

45 Horvat, op. cit., str. 79., Margetić, op. cit., str. 213.

46 Horvat, op. cit., str. 80.; Romac, op. cit., str. 79.

47 Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten (1. lipnja 1794.).

48 Carski Patent od 1. lipnja 1811. o uvođenju u život ABGB-a (OGZ) kaže: “Prestaje imati moć pravo općeno do sada primljeno.”

49 Opće (pandektno) pravo od polovine 17. stoljeća naziva se *Usus modernus Pandectarum* (Horvat, op. cit., str. 81.) poglavito u njemačkoj jurisprudenciji (Margetić, L., *Rimsko pravo kao europski fenomen i hrvatska pravna povijest, Facultas iuriprudentiae Universitatis Fluminiensis, Lectio annalis, MCMLXXXVII.*, str. 15.).

50 Egersdorfer, op. cit., str. 1.

51 Lujko Margetić, *Srednjevjekovno hrvatsko pravo – stvarna prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Pravni fakultet u Rijeci i RO Zrinski, Čakovec, 1983., str. 81.

52 Gabriele Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil*, Sirey, Paris, 1965., drugi dio, str. 193.

53 Barca/Marvasi *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004. str. 30-33.

54 Mario Zaccagnini, *L'enfiteusi – La superficie – Gli oneri reali – Gli usi civici*, Piacenza, 1970., str. 184.

Sve to se mora promatrati kao proces udaljavanja od klasičnog rimskog prava koji je započeo u postklasičnoj epohi i koji nije mogla zaustaviti ni Justinijanova kodifikacija.⁵⁵

Superficies u općem (pandektnom) pravu jest pravo imati trajnu zgradu na tuđem zemljištu uz obvezu plaćanja podnine (zemljarine), ali obveza plaćanja zemljarine nije nužna, jer je moguć *superficies* i bez nje. Superficijar ima pravo izgraditi zgradu na tuđem zemljištu, ali se *superficies* može osnovati i kad već postoji zgrada, pa i na jednom katu i na podrumu, a može se osnovati i za nasade, stabla na tuđem zemljištu. Pravo odvajanja zemljišta i stabala bilo je prošireno i u običajnom pravu, pa i u pojedinim istočnoeuropskim socijalističkim građanskim zakonima.⁵⁶ *Superficies* se osnivao pravnim poslom, tradicijom ili zapisom, a mogao se steći i dosjelošću. Superficijar je imao posesornu i petitornu zaštitu. Superficijarno pravo moglo se otuđiti, naslijediti i opteretiti, ali obveza plaćanja podnine (solarium,

55 Šire: Barca Margetić, *Rimsko pravo kao europski fenomen...*, str. 4-16.

56 Takva mogućnost postojala je po ranijim pravnim običajima, vidi npr. M. Filipović, *Svojina voćaka po narodnim pravnim običajima*, Istorijski pravni zbornik Pravnog fakulteta u Sarajevu, sv. 2., 1949. Zanimljivo je da je pravo vlasništva na stablima bilo uređeno već bizantijskim Zemljoradničkim zakonom iz osmoga stoljeća (L. Margetić, *Antika i srednji vijek*, "Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti", Zagreb, 1995., str. 151.). Takav dualitet poznavao je i talijanski Građanski zakonik (Codice civile) iz 1865. godine (članak 448.); vidi: Pacifici - Mazzoni, *Instituzioni di diritto civile*, quinta ed., vol. III., parte 1^a, UTET, Torino, 1927., str. 296. i 297. Sadašnji CC (iz 1942.) propisuje zabranu odvajanja stabala od zemljišta (čl. 556.). Vidi Barca/Marvasi, str. 523.-537.; *Relazione al re sul libro della proprietà*, numero 99 citirano iz Barca/Marvasi, str. 525; Guarneri, *Superficie*, *Rivista diritto civile*, 1986, II., str. 148.-149. Francuski Code civil i danas dopušta na temelju pravnog posla pravno razdvajanje kako zemljišta i zgrada, tako i stabala (čl. 555.). Zanimljivo je da ustanova superficijarnog prava japanskoga prava omogućava pravno razdvajanje drveća i bambusa od zemljišta (čl. 265. Građanskog zakonika). Pravo vlasništva na maslinama bilo je poznato i u Dalmaciji. Zakon o zemljišnim knjigama iz 1930. godine (§§ 75.-77.) poštuje zatečeno pravno stanje, ali isključuje mogućnost osnivanja takvih odnosa za budućnost. O tome M. Košutić, Tumač k Zakonu o zemljišnim knjigama te Zakonu o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga, Zagreb, 1930., str. 65., 66., 70. i sljedeće, te 361. i 363. U osnovi isto rješenje imao je i Gruntovnički zakon za Bosnu i Hercegovinu od 13. rujna 1884. godine koji je, također, priznavao zatečeni pravni dualitet nekretnina, ali nije dopuštao da se ubuduće osniva. Zgrade, voćke i nasadi, naime, na mirijskim nekretninama kao samostalni objekti (mulk objekti) evidentirani su odvojeno od zemljišta (§ 6.) jer su po zakonima od sedmog ramazana 1274. te od sedamnaestog Muharema 1284. i od sedmog Muharema 1293. bili samostalni mulk-objekti na vakufskom kao i na državnom zemljištu (erazi-mirije). Svojevremeno je naša sudska praksa izrazila pravno gledište po kome se "danas" ne osjeća potreba za pravnim razdvajanjem zemljišta i stabala, pogotovo je to bilo isključeno na zemljištu u društvenom vlasništvu. Tako i Vrhovni sud Jugoslavije Rev. 95/68. od 25. svibnja 1968., ZSO XIII.-2, 260. S prelaskom zemljišta u društveno vlasništvo bili su ukinuti svi takvi odnosi (čl. 39. st. 1. Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta). Zanimljivo je da je mađarsko i njemačko pravo (DDR), dopuštalo autonomno vlasništvo na drveću koje raste na zemljištu u državnom, odnosno narodnom (socijalističkom) vlasništvu (§ 151. st. 2. mađarskoga Građanskog zakonika iz 1959. i §§ 288. st. 4. i 292. st. 3. Civilnog zakonika Njemačke Demokratske Republike iz 1975.). Nositelj prava korištenja na građevinskom zemljištu po tim zakonima mogao je, dakle, imati pravo vlasništva na stablima.

zemljarina), ako postoji, prelazi na sljednika (poput stvarnoga tereta). Napokon, *superficies* prestaje istekom roka, derelikcijom, zastarom, a mogao je prestati i po zahtjevu vlasnika zemljišta, kada bi nastao raskidni razlog (npr. ako superficijar kroz duže vrijeme ne plaća podninu).

Primjena *superficies*a iz općeg prava na područjima današnje Republike Hrvatske i Bosne i Hercegovine bila je svakako ograničena domaćim pravnim ustanovama koje su imale različite pravne izvore. Ova tema, međutim, nije tema ovoga rada.⁵⁷

Prema tomu, *superficies* je u općem (pandektnom) pravu, zadržavajući bit stvarnog prava na tuđoj stvari, dobio univerzalniju primjenu kroz nove forme pod utjecajem feudalne ustanove podijeljenog vlasništva. Tako po pandektnom pravu za *superficies* nije esencijalno plaćanje naknade za korištenje zemljišta – *solarium*.⁵⁸ Za razliku od rimskog prava, superficijarno pravo, odnosno superficijarno vlasništvo, može se osnovati i na postojećoj zgradi ili samo na jednom katu kao pravo nadogradnje, pa i na podrumu (vlasništvo na posebnom dijelu zgrade) te na nasadima i stablima na tuđem zemljištu.

Superficies se uklapa u strukturu ustanove feudalnog vlasništva, ali ne kao pravo na tuđoj stvari, nego kao koristovno vlasništvo, tj. kao oblik kolektivnog feudalnog vlasništva.⁵⁹ U pravnom sustavu feudalnog društva vrhovni vlasnik (*dominus directus*) ima golo pravo vlasništva (*nuda proprietas*), ali ima relativno svako pravo raspolaganja dok senjor ima koristovno vlasništvo (*dominium utilis*) s ograničenim pravom raspolaganja, tako da i on može prenijeti koristovno vlasništvo na drugu osobu i u odnosu na nju, zadržati golo pravo vlasništva uživanja i tako redom sve do kmeta, odnosno kmetskog selišta (*sessio colonialis*). Ova se hijerarhija niže zavisno od konkretnih povijesnih okolnosti, ali je i u zapadnoj i u centralnoj Europi svugdje u načelu zastupljena, a tako mora i biti u sustavu feudalnog podijeljenog vlasništva, kada više nema zemlje bez gospodara (*nulle terre sans seigneur*).

Superficies, po vladajućem shvaćanju ograničeno stvarno pravo na tuđoj stvari u rimskom civilnopravnom sustavu individualnog vlasništva koje se u praksi približilo privatnom pravu vlasništva, moglo se transformirati u koristovno vlasništvo u pravnoj strukturi feudalnoga stvarnog prava. Kako tu odliku nemaju osobne služnosti: pravo plodouživanja, pravo uporabe i pravo stanovanja (*ius habitatio*) one se prirodno nisu mogle preobraziti u koristovno vlasništvo. Ali, budući da je superficijarno pravo nastalo kao teret individualnog prava vlasništva na zemljištu, po ukidanju ustanove feudalnog podijeljenog vlasništva u sustavu unitarnog privatnog

57 O širem utjecaju rimskog prava na hrvatsku pravnu povijest, Margetić, *Rimsko pravo kao europski fenomen...*, je izričit: “U Hrvatsko–ugarskoj zajednici rimsko pravo nije bilo recipirano”, str. 16.

58 Po klasičnom rimskom pravu superficijar ima pravo uživanja zgrade podignute na tuđem zemljištu, ali samo pod pretpostavkom da plaća određenu naknadu. ... *qui in alieno solo superficiem ita habeat, ut certam pensionem praestet* (Paulus ... D 6,1,74); Bonfante, op. cit., str. 288.

59 Vuković, M., *Razvitak prava građenja*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 1947., br. 4., str. 523.

prava vlasništva, ono dobiva svoj prvobitni lik – ograničeno stvarno pravo na tuđoj stvari. Ipak se preobraženi *superficies* razlikuje od općeg tipa koristovnog vlasništva po tome što se zemljište koje je objekt tog prava može koristiti samo u određenom pravcu - za izgradnju građevinskog objekta predviđenog u konstitutivnom aktu kojim se osniva to pravo. To znači da je objekt transformiranog superficijarnog prava u sustavu feudalnog podijeljenog vlasništva, u pravilu, samo površina zemljišta, a ne i donji sloj, koji se, s obzirom na tadašnju tehničku zaostalost, nije ni mogao koristiti za podizanje značajnih podzemnih građevina, ali se ni iz tog površinskog sloja nisu mogle izvlačiti rude itd., jer je superficijarno pravo strogo ograničeno - namjensko “koristovno vlasništvo”. Kasnije se oblikovalo, tzv. podrumsko pravo, tj. pravo imati vlastitu zgradu (dio zgrade) ispod površine tuđeg zemljišta.

5. TALIJANSKO SUPERFICIJARNO PRAVO 1865.-1942.

(Pravno razdvajanje zemljišta i zgrade pisanom pravnim poslom)

Sadašnja talijanska pravna ustanova superficijarnog prava pravno je uvedena tek Građanskim zakonikom od 20. ožujka 1942. Stari talijanski Građanski zakonik iz 1865. po uzoru na francuski Code civil iz 1804. (čl. 553.) i građanske zakonike donesene po uzoru na Code civil u pojedinim talijanskim državama prije ujedinjenja Italije (1860.) dopuštao je pravno razdvajanje zemljišta i trajnog građevinskog objekta na površini ili ispod površine zemljišta na temelju pisanog ugovora. Nevlasnik zemljišta mogao je dokazivati da mu pripada pravo vlasništva na zgradu koja je podignuta na tuđem zemljištu – samo na temelju pisanog ugovora (čl. 448) ili drugog pravnog posla (jednostranog ili višestranog pisanog očitovanja volje). Zakonsko pravilo prema komu je zgrada priraštaj zemljišta imalo je, dakle dispozitivan karakter, pa se zbog toga i svodilo na oborivu predmnjevu. Prema tomu, po tom zakoniku bilo je moguće imati vlastitu zgradu na tuđem zemljištu, a isto tako i otuđiti postojeću zgradu bez zemljišta te zadržati pravo vlasništva na zemljište. Predmnjeva da je vlasnik podigao zgradu mogla se obarati bilo kojim zakonom dopuštenim dokaznim sredstvom, a predmnjeva da zgrada pripada vlasniku zemljišta, mogla se osporiti samo pozivanjem na pisani pravni posao. Pisanim pravnim poslom, naime mogle su se dokazivati dvije činjenice: prvo, da je vlasnik zemljišta drugoj osobi otuđio zgradu, a zadržao pravo vlasništva na zemljištu; drugo, da je vlasnik zemljišta dopustio drugoj osobi da na njegovom zemljištu podigne vlastitu zgradu.⁶⁰ Dvojbeno je, međutim, da se u talijanskom pravu pisanim pravnim poslom moglo konstituirati pravo koje razdvaja zemljište i trajnu zgradu.⁶¹

60 Vidi Rassegna di giurisprudenza sul Codice civile, diretta di Rosario Nicolo – Mario Stella Richter, Libro terzo, Tomo I (art. 810-997) a cura di Gabriele Pescatore e Antonio di Filippo, Giuffrè, Milano, 1968., p. 448; Pescatore – Albano – Greco, Commentario del Codice civile, Libro III, Tomo primo, Torino, 1958., p. 446.

61 Barca, A., Marvasi, C., La superficie, Giuffrè, Milano, 2004., p. 35-137.

Pravilo koje je usvojio Građanski zakonik iz 1865., po mišljenju Salisa,⁶² nije bilo toliko posljedica stoljetne tradicije koliko rješenje za zadovoljavanje praktičnih, tj. društvenih potreba pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade i horizontalne podjele zgrade po katovima (etažno vlasništvo). Utjecaj tih potreba bio je toliko snažan da se u praksi osjećao sve više nedostatak pravnog uređenja tih pravnih odnosa.⁶³

6. PRAVNA PRIRODA SADAŠNJEG SUPERFICIJARNOG PRAVA

Premda sadašnji Građanski zakonik (od 20. ožujka 1942.), za razliku od austrijskoga i njemačkoga prava,⁶⁴ ne deklarira pravnu prirodu superficijarnog prava u pravnoj znanosti vlada opće mišljenje da je to pravo (*diritto di superficie*) stvarno pravo na tuđem zemljištu. Pri tomu se ističu njegove bitne karakteristike: neposrednost, apsolutnost, djelovanje prema svima (*contra omnes*) kao i to što se, prema izričitoj zakonskoj odredbi može hipotekarno založiti i što prestaje po zahtjevu vlasnika njime opterećenog zemljišta kada se u Zakonom navedenom vremenu ne vrši, (čl. 2810. t. 3. i čl. 954. st. 4.) jednako kao i pravo služnosti.⁶⁵ Stvarnopravna priroda superficijarnog prava naglašena je i u referatu koji je uz prijedlog za donošenje Građanskog zakonika bio podnesen Kralju,⁶⁶ a nije sporna ni u pravnoj znanosti.⁶⁷

Prema sadašnjem talijanskom Građanskom zakoniku pravila koja uređuju superficijarna prava i prava podizanja zgrada na površini tuđeg zemljišta (čl. 952.-954.) primjenjuju se i na pravo izgradnje zgrade ispod površine tuđeg zemljišta (čl. 955.).⁶⁸

Razlika između superficijarnog prava i prava građenja nije samo u tomu što ustanova superficijarnog prava ostavlja vrlo široku slobodu ugovaranja, nego i u tomu što po njemačkom i austrijskom pravu zgrada prirasta pravu građenja, kao da je ono zemljište. Po talijanskom pravu, zgrada je, naprotiv, potpuno samostalna nekretnina, jer superficijarno pravo koje neutralizira atrakcijsku pravnu snagu

62 Salis, *La superficie*, str. 11.

63 RDL 15. gennaio 1934., N° 56. Legge 10. gennaio 1935., N° 8.

64 U austrijskom pravu je pravo građenja po zakonskoj definiciji pravo na tuđem zemljištu (paragraf 1. st. 1. Zakona). U Njemačkoj se propisi o pravu vlasništva na zemljištu, osim citiranih izuzetaka, analogno primjenjuju na nasljedno pravo građenja (paragraf 11. st. 1. Uredbe). Ni u pravnoj znanosti tih zemalja ne dovodi se u pitanje da je pravo građenja po svojoj pravnoj prirodi stvarno pravo na tuđem zemljištu: Armin Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wien, 1923., str. 411; Robert Mayr, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes*, Erster band, Reichenburg, 1923., str. 427.; Ring, *op. cit.*, str. 870.; Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München und Berlin, 1963., str. 246.

65 Salis, *op. cit.*, str. 5. i dalje; Pugliese, *Della superficie in Commentario del Codice civile*, Libro terzo, Quarta ed., Zanichelli, Bologna – Soc. ed del' Foro italiano, Roma, 1976., str. 567.-570; Zaccagnini, *op. cit.*, str. 193.; Messineo, *op. cit.*, str. 538.

66 Zaccagnini, *op. cit.*, str. 194.

67 *Op. cit.*, str. 88.-92. i 239.-273.

68 Pravo izgradnje i podizanja zgrada ispod površine tuđeg zemljišta uređuje zakon od 24. ožujka 1989., br. 122 (tzv. Legge Taglioli).

zemljišta, za razliku od prava građenja, «ne dolazi na mjesto zemljišta» kao pravo građenja (Baurecht) u austrijskom pravu koje slijede hrvatski ZV (čl. 280.) i ZSP RS (čl. 286.). Upravo ta odlika superficijarnog prava izaziva raspravu u talijanskoj pravnoj znanosti u pogledu njegovoga zakonskog sadržaja i specifične pravne prirode pa čak i o tomu postoji li pored superficijarnog prava i neko drugo pravo koje može jednako razdvojiti zemljište i zgradu.⁶⁹ O pravnoj prirodi superficijarnog prava u talijanskoj pravnoj znanosti raspravlja se i u vezi s pravnom prirodom prava koje pravno razdvaja horizontalne dijelove zgrade, odnosno posebne dijelove zgrade u suvlasništvu.⁷⁰

7. FRANCUSKO SUPERFICIJARNO PRAVO

Iako francuski Code civil nije uredio ustanovu superficijarnog prava, kao stvarno pravo na tuđem zemljištu, niti je ono u Francuskoj uređeno posebnim zakonom, postoji mogućnost pravnog razdvajanja, postojeće i buduće zgrade od zemljišta na temelju pisanog pravnoga posla (čl. 553.).

a) Pravno razdvajanje postojeće zgrade i zemljišta

Pravno razdvajanje postojeće zgrade i zemljišta izričito je dopustio Code civil na temelju pisanog ugovora (pravnog posla). Na temelju pisanog pravnog posla mogu se, po francuskom pravu, pravno odvojiti od zemljišta postojeće zgrade pa čak i stabla kao i drugo raslinje (čl. 553. CC-a).⁷¹

b) Pravno razdvajanje buduće zgrade od zemljišta

S obzirom na to da je Code civil dopustio pravno razdvajanje zemljišta i postojeće zgrade, načelno nije postojala pravna prepreka za uređenje pravnog razdvajanja buduće zgrade i zemljišta na temelju pravnog posla. Može se, dakle, nevladnik zemljišta (investitor) ovlastiti da izgradi zgradu na tuđem zemljištu, uz pisanu suglasnost vlasnika zemljišta.⁷² Ove pravne odnose od 1964. godine uređuje posebna zakonska ustanova *bail à construction*.⁷³ Ugovor o zakupu zemljišta radi

69 Sve o tome sporu čiji su protagonisti "vječiti" oponenti, Salis i Pugliese, u: Simonetti, P., *Pravo građenja*, Sarajevo-Beograd (1986.), str. 62.-65.

70 Barca/Marvasi, op. cit. str. 131.-354.; Simonetti, P., *Pravna priroda etažnog vlasništva u komparativnom pravu*, ZPFR, god. 15., Rijeka, 1994.

71 "Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment." (čl. 553.).

72 Baudry -Lacantinerie, Wahl, A., *Trattato teoretico-pratico, Diritto civile, Dei beni*, volume unico, Valardi, Milano, 1931., str. 245-249. (diritto di superficie) – prevedeno s francuskoga na talijanski god. 1931.

73 Ova pravna ustanova uređena je naime Zakonom od 16. prosinca 1964., l 64-1247 (D.1965, 17), dopunjena Dekretom br. 64-1323 od 24. prosinca 1964. (D.1965, 38 – Rect 88) i zatim modificirana Zakonom br. 17. od 3. siječnja 1979. (D.1979, 55) i br. 440 od 2. lipnja 1983. (D.1883, 269 – Rect 376). Vidi Code de la construction et l'habitation (čl. L.251-1. do 251-9.).

izgradnje i držanja vlastite zgrade na tuđem zemljištu traje do isteka roka određenog ugovorom koji po zakonu nije kraći od 18 ni dulji od 99 godina, odnosno ako nije što drugo ugovoreno. Njime se zakupnik obvezuje izgraditi i održavati zgradu u dobrom stanju i plaćati određenu zakupninu zakupodavcu od završetka izgradnje zgrade. Prema toj ustanovi zakupac može hipotekarno opteretiti zgradu, kao samostalnu nekretninu, za trajanja zakupnog odnosa. Godine 1990., u francuski pravni sustav uvedena je ustanova *bail a rehabilitation*.⁷⁴ Zakupac se obvezuje rekonstruirati i poboljšati stan za vrijeme ugovora o najmu koji ne može biti kraći od 12 godina. U tom slučaju zakupnik stječe svojevrsno stvarno pravo na stanu koji može hipotekarno opteretiti.⁷⁵

c) Pravno razdvajanje raslinja i stabala od zemljišta

Code civil omogućava pravno razdvajanje raslinja i stabala od zemljišta na temelju pravnog posla (čl. 553.). Zakon ne dopušta sklapanje takvog pravnog posla radi sađenja vlastitoga drveća (stabala) na tuđem zemljištu. Pandan pravnom razdvajanju raslinja i stabala od zemljišta su ugovori različitog trajanja: *bail emphyteotique* i ugovori o zakupu vinograda s pravom vlasništva pod raskidnim uvjetom.⁷⁶

d) Superficijarno vlasništvo na zgrade, stabla i drugo raslinje

Tako se u Francuskoj oblikovalo specifično stvarno pravo na površini zemljišta, a njegov nositelj ima pravo vlasništva na zgradu, raslinje i stabla koji su odvojeni od zemljišta.⁷⁷ To se pravo naziva superficijarno vlasništvo zgrade, superficijarno vlasništvo stabla, superficijarno pravo, npr. vinove loze, egzotičnog i ukrasnog drveća itd.

74 Taj je ugovor uveden u pravni sustav Zakonom br. 449 od 31. svibnja 1990. Vidi Code de la construction et de l'habitation (čl. 252.-1. i dalje). Obavještenje o toj ustanovi kod: Lamy, Droit immobilier, Paris, 1995., str. 66. i dalje (redakcija Bergel i drugi).

75 Saint-Alary, Bail à construction, u Répertoire de droit civil, Paris, 1988.

76 Ove odnose uređuje Zakon br. 1253 od 30. prosinca 1967.

77 O pravnoj prirodi superficijarnog vlasništva na zgradama i stablima u francuskom pravu, Mazeaud, H. L. i Chabas J., Lecons de droit civil, II, 2, 8^o ed, Paris, 1994., str. 5.-6., 122.-124., 326.-327. i 414.-418. "Mais il n'y a pas là un droit réel particulier: il s'agit seulement de la division d'une chose entre deux propriétaires: c'est un droit de propriété qu'exerce la superficiaire sur les constructions et plantations." Citirano prema: Guarneri, A., Superficie, Rivista di diritto civile, br. 4/96. U Mégacode, Code civil, izd. Dalloz, Pariz, 1997-98 se to pravo naziva "pravo na površinu" zemljišta. To je pravo titulara da uživa i raspolaže stvarima koje su trajno fizički vezane za zemljište, stvarno pravo odvojeno od prava vlasništva na tlo, po prirodi trajno, osim iznimaka koje ovise o obliku i načinu konstituiranja toga prava kao što su zakup ili koncesija. Fort-de-France, 18. mai, 1984: Juris-Data, br. 044495.

8. POVIJESNE PRAVNE USTANOVE GRAĐENJA NA TUĐEM ZEMLJIŠTU U NJEMAČKOM PRAVU

Legalno građenje na tuđem zemljištu prije uređenja ustanove suvremenoga nasljednog prava građenja (*Erbbaurecht*), Građanskim zakonikom koji je stupio na snagu 1.1.1900., a reformirana Uredbom o nasljednom pravu građenja sa zakonskom snagom (15.1.1919.), pravo imati zgradu na tuđem zemljištu u pojedinim pokrajinama ujedinjene Njemačke imalo je različite oblike (pravne ustanove), često samo lokalnog značaja.⁷⁸ Tako je u nekim njemačkim pokrajinama (prije ujedinjenja Njemačke) postojao specifičan nasljedni zakup. Nasljednik zakupnik imao je “puno pravo vlasništva građevina”.⁷⁹ U Pruskoj je postojalo, tzv. rentno pravo. Bilo je dosta prošireno i „ulmersko“, pravo korištenja tuđeg zemljišta s pravom nazadkupnje. Najrasprostranjenija je bila, međutim, pravna ustanova “posuđivanja” građevinskog zemljišta. “Posuđivanje” građevinskog zemljišta, najčešće bez roka i nasljedno, stariji pravници, pod utjecajem feudalne ustanove podijeljenog vlasništva, shvaćali su kao *dominium utilis*. Zato se u vrijeme ukidanja te feudalne pravne ustanove dopuštalo otkupljivanje prava vlasništva na zemljištu u korist osoba kojima je zemljište bilo “posuđeno” kao da su utilitarni vlasnici po feudalnoj ustanovi podjeljenog vlasništva. Ponekad se ovo pravo i bez otkupa preobražavalo u pravo vlasništva. Prvi je bio poznati njemački pandektista Savigny, koji je objasnio da se ovdje ne radi o podvrsti prava vlasništva, ili posebnom obliku feudalnog vlasništva, već o ograničenom stvarnom pravu na tuđem zemljištu, koje razdvaja zemljište i zgradu kao dvije potpuno samostalne nekretnine.⁸⁰ Recipiranjem rimskoga prava⁸¹ spojene su ove njemačke pravne ustanove korištenja građevinskog zemljišta s rimskim *superficiesom* u liku superficijarnog, podrumskog prava itd.⁸²

Prema navodima njemačkih pravnih autora pravna ustanova *superficies* dosta se rijetko primjenjivala u devetnaestom stoljeću u Njemačkoj, pa je to, po njima, bio jedan od razloga što je njemački Građanski zakonik od 1896. (stupio na snagu 1. siječnja 1900.) previše općenito normirao nasljedno pravo građenja (*Erbbaurecht*), u samo šest paragrafa (1012.-1017.), koji su zamijenili pandektni *superficies* i druge ustanove građenja i držanja vlastite zgrade na tuđem zemljištu. Ovo je pravo u Njemačkoj detaljno normirano tek Uredbom o nasljednom pravu građenja (sa zakonskom snagom) koja je donesena 15. siječnja 1919. godine (*Erbbaurechtordnung*).⁸³

78 Margetić, op. cit., str. 220.

79 Margetić, op. cit., str. 220.

80 Savigny se zalagao za recepciju “čistog rimskog prava”, (Margetić, Rimsko pravo kao europski fenomen..., str. 15.).

81 U drugoj polovini XIX. st. dolazi do recipiranja “čistog rimskog prava” (vidi: Margetić, Rimsko pravo kao europski fenomen..., str. 15.-16.).

82 Josef Ring im Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, III Band, Auflage, 1956., str. 865.-867. (Erbbaurecht), gdje je izloženo mišljenje Savignya.

83 Ring, im Staudingers Kommentar zum BGB, Teil III, Berlin und München, str. 867.

Građanski zakonik, koji je jedinstveno uredio nasljedno pravo građenja za cijelu Njemačku, odredio je da se tuđe zemljište može opteretiti pravom koje ovlašćuje nositelja nasljednog prava građenja na površini ili ispod površine zemljišta izgraditi i imati vlastitu zgradu i da se to pravo može otuđiti i naslijediti (§ 1012.). Nasljedno pravo građenja može se protegnuti i na dio zemljišta koji nije nužan za zgradu, ako se time postiže neka prednost radi boljšega korištenja zgrade (§ 1013.). Isključeno je, međutim, osnivanje nasljednog prava građenja na dijelu zgrade, posebno na katu (§ 1014.), jer je horizontalna podjela zgrade bila inkompatibilna s tadašnjim unitarističkim načelom pravnog jedinstva zemljišta i zgrada koje je derogirano tek Zakonom o vlasništvu na stanovima - *Wohnungseigentumsgesetz* (1953. godine). Pretpostavka za konstituiranje nasljednog prava građenja suglasna je izjava vlasnika zemljišta i stjecatelja prava građenja. Traži se da pri davanju ove izjave pred tijelom koje vodi zemljišne knjige prisustvuju obje stranke (§ 1015.). Posebno se ističe da se nasljedno pravo građenja ne gasi uslijed propasti zgrade (§ 1016.). Napokon, prema općim pravilima iz § 1017. za nasljedno pravo građenja vrijede propisi o pravu vlasništva na zemljište, analogno se primjenjuju i propisi o stjecanju prava vlasništva kao i propisi o zaštiti prava vlasništva na nekretnini.

9. POVIJESNE PRAVNE USTANOVE GRAĐENJA NA TUĐEM ZEMLJIŠTU U AUSTRIJSKOM I HRVATSKOM PRAVU

Austrijski Opći građanski zakonik⁸⁴ (1811. godine) koji je stupio na snagu 1.1.1812., u nastavku: OGZ, donesen je gotovo četiri desetljeća prije 1848. godine, kada su u austrijskoj carevini formalno ukinuti kmetski odnosi, u vrijeme kada su još bili značajni ostatci feudalnih vlasničkopravnih odnosa i na zemljištu. Nije mogao ignorirati feudalne stvarnopravne ustanove, pa je djelomično recipirao i feudalnu ustanovu podijeljenog vlasništva (§§ 357.-360.).⁸⁵ OGZ je kao specifične oblike feudalnoga koristovnog vlasništva zadržao nasljedno-dačnu pravnu ustanovu (koristovni vlasnik plaća naknadu vrhovnom vlasniku) i nasljedni zakup (preobraženi rimski *emphyteusis*), kao i ustanovu podnine (*Bodenzins* - preobraženi rimski *superficies*). Ustanova podnine (*Bodenzins*) uređena je u §§ 1125.-1150. kao nasljedno pravo uživanja površine tuđeg zemljišta uz godišnju naknadu zvanu „podnina“ (*solarium*). Ova naknada pripada vrhovnom vlasniku zemljišta kome nasljedno pripada „sućanstvo zemljišta s uživanjem svega što je u istom zemljištu“ (§ 1125.). Koristovni vlasnik koji plaća podninu ima pravo koristiti samo gornju površinu zemljišta: drveće, biljke, zgrade itd., ali ima pravo i na jedan dio nađenoga

84 *Allgemeinen burgerliches Gesetzbuch*.

85 "Ako je u jednoj i istoj osobi sjedinjeno pravo na sućanstvo stvari s pravom na koristi, pravo vlasništva jeste potpuno i nerazdjeljeno. Ako li pak jedan ima pravo samo na sućanstvo, a drugi skupa s pravom na sućanstvo ima isključivo pravo na koristi iste stvari, tad je pravo vlasnosti razdjeljeno i za obojicu nepotpuno. Ovaj zove se vrhovni vlasnik; ovaj vlasnik koristovni" (§ 357. OGZ-a).

blaga skrivenog u zgradi na površini zemljišta. Inače blago zakopano u zemlji kao i druge koristi pripadaju jedino vrhovnom vlasniku (§ 1147.). Dobra dana u nasljedni zakup i uz nasljednu daću prelaze na sve nasljednike, koji nisu izričito isključeni (§ 1149.). Zbog uništenja biljaka i drveća i razaranja zgrada ne gubi se koristovno vlasništvo na površini zemljišta. Dokle god ostaje makar i dio zemljišta, "posjednik" ga može koristiti ako plaća svoju daću, te ga može zasaditi novim biljkama ili drvećem i podići na njemu nove zgrade (§ 1150.).⁸⁶

Ako apstrahiramo ove ustanove feudalnog podijeljenog vlasništva,⁸⁷ OGZ je, međutim, uveo načelo prema kojem se smatraju nekretninom, tj. sastavnim dijelom zemljišta, sve pokretne stvari, koje su u zemljište ugrađene u namjeri da ostanu zauvijek, pri čemu se na prvom mjestu ističu "kuće i druge zgrade sa zračnim prostorom iznad njih u pravoj liniji" (§ 297.). Doduše, zračni stup se ne smije doslovno shvatiti kao priraštaj zemljišta, jer slobodan atmosferski zrak nije stvar po građanskom pravu (zračni stup ne može biti objekt prava vlasništva) već je opće dobro na koji nitko pojedinačno ne može imati pravo vlasništva. Ovim pravilom htjelo se naglasiti da je i zračni prostor vlasništvo vlasnika zemljišta, prostor u koji vlasnik može zabraniti svaku tuđu djelatnost u svojem vlasničkom domenu dokle dopire njegov opravdani interes, a koji se usporedo s razvojem novih tehnologija - sredstava za korištenje nadzemnog (i podzemnog) prostora sve više sužava u javnom interesu.⁸⁸ Ovaj koncept prava vlasništva na zemljištu, prema kome je ne samo zgrada, nego i zračni stup iznad nje, pripadak zemljišta, u kontradikciji je s načelom horizontalne podjele zgrade po kojem bi svaki kat bio poseban objekt prava vlasništva (etažno vlasništvo).

Kako ustanova etažnog vlasništva nije bila u sukobu s feudalnom ustanovom podijeljenog vlasništva, primjenjivala se u načelu u srednjovjekovnim gradovima. Ova ustanova u Austriji ukinuta je tek zakonom od 30. veljače 1879. godine, ali je, sukladno načelu zaštite stečenih prava, etažno vlasništvo zadržano ako je do tada bilo stečeno.

Međutim, ni u privatnovlasničkom sustavu nije se moglo održati načelo pravnoga jedinstva zemljišta i zgrade bez iznimke. Gospodarske potrebe nalagale su da se, npr. podrumi ispod tuđeg zemljišta izdvoje kao poseban objekt prava vlasništva, pa su već 1832. godine Dekretom dvorske kancelarije uvedene posebne podrumске knjige u koje su se kao posebne nekretnine upisivali podrumi ispod

86 "Dokle god ostaje dio kakav zemljišta, može ga posjednik, samo ako plaća svoju daću, novim raščem i drvi zasaditi i zgradami zapačati." (§ 1150.) F. nobile de Zeiller, *Commentario sopra il Codice civile universale della Monarchia austriaca, versione italiana*, Venezia, 1816., vidi komentar uz §§ 357.- 360. i §§ 1125.-1150.; G. Winiwarter, *Il diritto civile austriaco*, Venezia, 1838.; F. S. Nippel, *Commento sul Codice civile generale austriaco*, Pavia, 1842.

87 Ove pravne ustanove imale su manje praktično značenje i u drugoj polovini devetnaestog stoljeća (Rušnov-Posilović, Tumač Općemu austrijskomu građanskomu zakoniku, Zagreb, 1891., druga knjiga, str. 550.).

88 Klang, Heinrich, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, II Teil*, Wien, 1950., str. 28.

površine tuđega zemljišta.⁸⁹ Druga iznimka od načela pravnoga jedinstva zemljišta i građevinskih objekata u širem smislu, bilo da su podignuti na zemljištu ili ispod njegove površine, bilo da su rudnici, odnosno razne naprave koje se podižu na temelju rudarskog prava radi eksploatacije rude, a imaju trajan karakter.⁹⁰

Na pretežnom dijelu teritorija današnje Republike Hrvatske OGZ je bio na snazi do 6. travnja 1941.,⁹¹ dok je novelirani OGZ koji poznaje pravo građenja (§ 435 III. novela), tj. ustanovu koju je uredio austrijski Zakon o pravu građenja od 25. travnja 1912. Ovaj je zakon važio na području Apelacionog suda u Splitu, nakon protezanja suvereniteta Kraljevine Italije na Istru, Rijeku, Zadar i otoke: Cres, Lošinj, Susak, Lastovo i Palagružu⁹², ali se primjenjivao i na tome području do 1. srpnja 1929. - dana stupanja na snagu talijanskoga Građanskog zakonika – Codice civile. Talijanski CC je dopuštao pravno razdvajanje zemljišta i zgrade na temelju pisanog pravnog posla, ali je tek novi građanski zakonik, iz 1942., koji je u Italiji i danas na snazi, uredio pravnu ustanovu superficijarnog prava: Della superficie (čl. 952.-956).

U Austriji je uvedeno suvremeno pravo građenja Zakonom o pravu građenja od 26. travnja 1912. godine: pravo koje razdvaja zemljište i zgradu kao dva samostalna objekta prava vlasništva. Načelo zabrane horizontalne podjele zgrade u Austriji ostalo je nedirnuto sve do 8. srpnja 1948. godine, kada je donesen Zakon o stambenom vlasništvu - *Wohnnugseigentumgesetz*, koji je uredio pravne odnose prava vlasništva na posebnom dijelu nekretnine (zgrade).⁹³

10. OPĆI PREGLED USTANOVE PRAVA GRAĐENJA PREMA NJEMAČKOM, AUSTRIJSKOM, HRVATSKOM I PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

Ustanove prava građenja i superficijarnog prava oblikovane su tijekom 20. stoljeća u gotovo svim suvremenim europskim pravima. Budući da se hrvatska i bosanska ustanova prava građenja ugleda na austrijsko pravo (*Baurecht*)⁹⁴ i da je analogna ustanova još potpunije uređena u pravnom izvoru njemačkog nasljednog prava građenja (*Erbbaurecht ordnung*),⁹⁵ ove dvije pravne ustanove se izlažu

89 Vuković, *Opći dio građanskog prava*, knj. II, Školska knjiga, Zagreb, 1960., str. 20.

90 Klang, *op. cit.*, str. 27.-28.

91 Austrijski OGZ (ABGB) je stupio na snagu 1. siječnja 1812. godine u sjevernim austrijskim zemljama i Vojnoj granici, ukoliko nije bila pod francuskom okupacijom; 1. srpnja 1814. stupio je na snagu u Karlovačkoj i Banskoj granici, 1. listopada 1815. u Istri; 1. siječnja 1816. u Dalmaciji; 1. listopada 1816. na otocima Koločep, Korčula, Šipan, Lastovo, Vis, Mljet i Lopud, 1. siječnja 1820. u Karlovačkom okrugu koji je pod francuskom okupacijom pripadao Ilirskim provincijama, a 1. svibnja 1853. u Hrvatskoj i Slavoniji.

92 Novele OGZ (1914., 1915. i 1916.) vrijedile su samo na području Istre i Dalmacije.

93 Belaj, V., *Pravo vlasništva na posebne dijelove zgrade*, (doktorska disertacija), Zagreb, 1993.

94 Gesetz vom 26. 4. 1912. RGBl 86 betreffend das Baurecht (Baurechtsgesetz - Bau RG) idF der BG 30. 6. 1977. BGBl 403 und 25. 4. 1990. BGBl 258 (Auszug: §§ 1 bis 14, 20)

95 Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 (RGBl S 72, 122/ BGBl III 403-6),

pod zajedničkim nazivom *pravo građenja s mjestimičnim osvrtima na ustanovu talijanskog superficijarnog prava (diritto di superficie)*⁹⁶. Ustanova prava građenja u pravu Republike Srpske i Nacrtu Federacije Bosne i Hercegovine podudara se s pravnom ustanovom hrvatskog prava građenja. Austrijski Zakon o pravu građenja od 26.4.1912. važio je u austrijskim krunovinama Istri i Dalmaciji do 1.7.1929. od kada se primjenjivao talijanski Građanski zakonik na onom području koje je bilo ustupljeno Kraljevini Italiji (1920. i 1924.)⁹⁷, ali se na preostalom području (područje Apelacionog suda u Splitu) i dalje primjenjivao austrijski Zakon o pravu građenja sve do 6.4.1941.⁹⁸

Različite pravne ustanove koje ovlašćuju titulara da ima vlastitu zgradu na tuđem zemljištu u drugim europskim zemljama moguće je svrstati u dvije skupine: a) pravo građenja i superficijarno pravo u državama s privatnopravnim uređenjem i b) sada već povijesno pravo korištenja građevinskog zemljišta u socijalističkom vlasništvu u Sovjetskom Savezu i socijalističkim državama istočne Europe.⁹⁹ U tu skupinu spada i pravo korištenja na zemljištu u društvenom vlasništvu u FNRJ/SFRJ koje je iscrpno obrađeno u drugim radovima.¹⁰⁰

zuletzt geändert durch Art 2 § 1 Gesetz vom 21. 9. 1994. (BGBl I 2457). Uredba o nasljednom pravu građenja stupila je na snagu 22. siječnja 1919. Pravni odnosi zasnovani do stupanja na snagu Uredbe uređuju se dotadašnjom ustanovom nasljednog prava građenja (§§ 1012. – 1017. BGB) kako to određuje prijelazna odredba iz § 38. Uredbe.

96 Art. 952-956 Codice civile od 20. 3. 1942.

97 O prelaženju suvereniteta na Kraljevinu Italiju na ovo područje i o primjeni dotadašnjih zakona vidjeti Rapalski ugovor od 12. studenog 1920., a za Rijeku, Rimski ugovor od 27. siječnja 1924. te o rješavanju pravnih pitanja koja su time nastala - Nettunske konvencije od 20. srpnja 1925. objavljeni su ovi ugovori i konvencije u publikaciji Zakoni, ugovori i konvencije s Kraljevinom Italijom, Knj. 1. i Zakon o Nettunskim konvencijama, Zbirka zakona, Sv. 105., Geca Kon, Beograd, 1929., ali je primjena talijanskoga Građanskog zakonika započela 1. srpnja¹⁹²⁹: vidi: R. Lenac, Kućna *communio pro diviso* (etažna svojina), Zagreb, 1939., str. 8. i 9.; Butera, A., *La comproprietà di case per piani*, UTET, Torino, 1933., str. 15.; Korlević, M., *Uprava i sudstvo u Istri od 1918. do 1945.*, Vjesnik državnog arhiva u Rijeci, Sv. 2., Rijeka, 1954. Ovo područje pripojeno je Jugoslaviji po Ugovoru o miru s Italijom 15. rujna 1947. Tim su danom prestali "vrijediti svi propisi italijanskih državnih i savezničkih okupacionih vlasti" (čl. 2. st. 3. Ukaza o proširenju važnosti zakona i drugih pravnih propisa na područje pripojeno teritoriju Federativne Narodne Republike Jugoslavije po Ugovoru o miru s Italijom, Sl. list FNRJ 80/47.). Talijanski građanski zakonik iz 1865. nije poznavao ustanovu superficijarnog prava, koja je uređena Građanskim zakonikom iz 1942. (čl. 952. – 955.), ali je, kao i njegov uzor francuski Code civil (čl. 553.), dopuštao pravno razdvajanje zemljišta i zgrade na temelju pravnog posla (čl. 448.).

98 Na tom području ostaju na snazi "svi propisi izdati na osnovi Zakona o pravu građenja od 26. travnja 1912. "L.D.Z." br. 86, a osobito naredba od 11. lipnja 1912. "L.D.Z." br. 114 i rješenje od istog datuma, objavljeno u Listu naredaba Ministarstva pravde br. 28, dalje svi propisi izdati na temelju carske naredbe od 19. ožujka 1916. "L.D.Z." br. 69 o stjecanju stvarnih prava na neupisanim zemljištima i zgradama, a osobito Naredba Ministra pravde od 26. ožujka 1916. godine" (vidi Pravidnik za vođenje zemljišnih knjiga od 17. siječnja 1931.).

99 Šire o pravima na zemljištu u socijalističkom vlasništvu, Simonetti, P., *Pravo građenja*, NIO Službeni list SR BiH i NIO Sl. list SFRJ, Sarajevo – Beograd, 1986., str. 97 – 108.

100 Simonetti, P., *Pravo korištenja na građevinskom zemljištu u društvenom vlasništvu*, Informator, Zagreb, 1985.; isti: *Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008.

Pravo građenja ograničeno je stvarno pravo na nečijem zemljištu koje ovlašćuje svojega nositelja da na površini njime opterećenog zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu, a vlasnik zemljišta je dužan to trpjeti (čl. 280. st. 1. ZV).¹⁰¹ Identične su odredbe iz članka 186. st. 1. ZSP RS-a i u čl. 300. st. 1. Nacrta FBiH.¹⁰²

Sintagma «nečije zemljište» s jedne strane sugerira da se pravo građenja, *argumentum a contrario*, ne može osnovati na zemljištu koje nije u nečijem vlasništvu. Na zemljištu koje je opće dobro, odnosno javno dobro u općoj uporabi u vlasništvu RH i jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave ne može se osnovati pravo građenja, kao nijedno drugo stvarno pravo (čl. 3. st. 2. i 35. st. 4. i 8. ZV-a) ako za javno dobro u općoj uporabi nije nešto drugo propisano zakonom (čl. 35. st. 4. ZV-a). Na tim dobrima se pod određenim uvjetima može osnovati koncesijsko pravo koje odvaja zemljište i zgradu ili drugu građevinu dok koncesija traje (čl. 3. st. 4. i 9. st. 4. ZV-a, odnosno čl. 7. st. 4. ZSP RS, kao i čl. 7. st. 4. Nacrta ZSP FBiH). S druge strane, pravo građenja ne mora opterećivati samo tuđe zemljište jer se ono može osnovati i u korist vlasnika zemljišta ili na njega prenijeti uknjižbom u zemljišne knjige na temelju pravnog posla ili nasljeđivanjem. Zakon propisuje: «Vlasnik zemljišta može biti nositelj prava građenja na svome zemljištu» (čl. 284. st. 2. ZV), odnosno čl. 290. st. 2. ZSP RS-a kao i čl. 304. st. 2. Nacrta ZSP FBiH.

Objekt prava građenja može biti ne samo površina zemljišta nego i podzemlje. Prema tomu moguće je konstituirati pravo građenja na površini zemljišta u korist jedne osobe, ispod površine zemljišta u korist druge ili jedno i drugo u korist iste osobe ili u korist samoga vlasnika zemljišta. Zgrade se, u tom slučaju, kao posve samostalne nekretnine i upisuju u zemljišne knjige.

Temeljno ovlaštenje prava građenja nije pravo graditi, nego imati pravo vlasništva na zgradu pravno odvojenu od njime opterećenog zemljišta na površini ili ispod površine zemljišta. Pravo vlasništva zgrade na površini ili ispod površine zemljišta stječe se i izgradnjom zgrade (vršenjem temeljnog ovlaštenja prava građenja) na neizgrađenom zemljištu i pravnim odvajanjem postojeće zgrade od zemljišta: otuđenjem zgrade, a zadržavanjem prava vlasništva na zemljište ili obrnuto, otuđenjem zemljišta, a zadržavanjem prava vlasništva na zgradu ili otuđenjem zgrade jednoj osobi, a zemljišta drugoj ili jednostavno pravnim razdvajanjem zemljišta i zgrade u vlasništvu iste osobe. I u jednom i u drugom slučaju nositelj prava građenja ima pravo nakon rušenja zgrade ponovo izgraditi zgradu na pravu građenja, ako nije što drugo određeno zakonom ili pravnim poslom, odnosno odlukom suda ili drugoga nadležnog tijela o osnivanju prava građenja.

Pravo izgraditi zgradu esencijalno je ovlaštenje prava građenja samo ako je osnovano na neizgrađenom građevinskom zemljištu, jer se ono osniva na

101 Zakon o vlasništvu i dugim stvarnim pravima, NN 91/96, 168/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09.

102 Zakon o stvarnim pravima, Službeni glasnik Republike Srpske, 124/08 i 58/09., odnosno čl. 300. Nacrta ZSP FBiH, Nacrta FBiH. Razlika u numeraciji članka uglavnom je posljedica izostavljanja ustanove zemljišnoga duga (čl. 186. – 197. Nacrta) u ZSP RS.

neizgrađenom građevinskom zemljištu upravo radi stjecanja prava vlasništva na zgradu njezinom izgradnjom. Kada nositelj prava građenja ne bi imao ovo temeljno ovlaštenje ili kada bi ono ovisilo o volji vlasnika opterećenog zemljišta postojalo bi neko drugo pravo koje se ne bi uklapalo u sadašnji sastav i zakonom zatvoreni broj stvarnih prava (*numerus clausus*) pa bi imalo obveznopravni karakter, jer su stvarna prava kreacija zakonodavca, a ne slobodne dispozicije trećih osoba u pravnom odnosu.

Ovlaštenje ponovnog građenja, nakon rušenja postojeće zgrade, je dispozitivno jer je moguće pravo građenja na izgrađenoj građevinskoj čestici i bez toga ovlaštenja to jest bez prava ponovnog građenja. U tom slučaju pravo građenja prestaje kada se sruši zgrada (ispunjenjem raskidnog uvjeta). Budući da je pravo građenja stvarno pravo ono djeluje prema svima pa i protiv svagdašnjeg vlasnika njime opterećenog zemljišta koji je dužan trpjeti takvo opterećenje (ograničenje) svoga prava vlasništva. Pravo građenja je u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom (čl. 280. st. 2. ZV). Tako i čl. 286. st. 2. ZSP RS, odnosno čl. 300. st. 2. Nacrta FBiH. Zato je zgrada koja je izgrađena ili koja bude izgrađena na zemljištu koje je opterećeno pravom građenja pripadnost toga prava kao da je ono zemljište (čl. 280. st. 3. ZV-a), kao i čl. 286. st. 3. ZSP RS-a, odnosno čl. 300. st. 3. Nacrta FBiH. Prema tomu nekretnina, u pravnom pogledu je i samo pravo građenja, kao i pravo građenja sa zgradom fizički izgrađenoj na zemljištu opterećenim pravom građenja ili njime naknadno pravno odvojenom od zemljišta, a pravno je zgrada izgrađena na prvu građenja konstituiranog na zemljištu ili ispod njegove površine prije ili poslije izgradnje. Pravo građenja, prema tomu, ima dvostruku pravnu prirodu, ono je istodobno stvarno pravo na nečijem zemljištu i samostalna nekretnina (u pravnom pogledu) sa zgradom ili bez zgrade u vlasništvu nositelja prava građenja. Zato se ovo pravo osniva dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu: kao ograničeno stvarno pravo u C listu zk, u kome je upisano opterećeno zemljište i kao samostalna nekretnina u novoosnovanom zemljišnoknjižnom ulošku koji je povezan sa zk uloškom u kome je upisano opterećeno zemljište (čl. 34. ZZK).¹⁰³ Kao samostalna nekretnina pravo građenja je objekt prava vlasništva i prije izgradnje zgrade. Suvremeno pravo građenja i superficijarno pravo razdvajaju pravni monolit zemljišta i zgrade kao dvije posve samostalne nekretnine - dva objekta prava vlasništva. Oba prava neutraliziraju privlačnu pravnu snagu zemljišta, pa se zgrada *in statu nascendi* od "kamena temeljca" pravno odvaja od zemljišta. Temeljna razlika između te dvije pravne ustanove jest u tomu što pravo građenja preuzima ulogu zemljišta (prava vlasništva na zemljište) kao "pravno zemljište", kako kažu njemački pravnici, pa je zgrada priraštaj "otjelovljenog" ili "postvarenog" prava građenja, kao da je ono zemljište, dok se superficijarno pravo iscrpljuje neutralizacijom atrakcijske pravne veze između zemljišta i zgrade. Po superficijarnom pravnom sustavu zgrada je jednostavno predmet superficijarnog vlasništva (*la proprietà superficaria*, art.

103 Zakon o zemljišnim knjigama, NN RH 91/96, 114/01, 100/04, 107/07 i 152/08.

952.-955. CC-a).¹⁰⁴ Zgrada je nekretnina koja je pravno odvojena od zemljišta superficijarnim pravom: ona nije pripadnost toga prava već posve pravno autonomna stvar, odvojena od zemljišta i od superficijarnog prava. Superficijarno pravo poništavajući atrakcijsku snagu prava vlasništva zemljišta, dakle, ne preuzima njegovu ulogu, poput njemačkoga, austrijskoga i hrvatskoga prava građenja, kao i prava građenja Republike Srpske, pa i Federacije Bosne i Hercegovine *de lege ferenda*.¹⁰⁵

11. PRAVNA PRETPOSTAVKA ZA PRAVO GRAĐENJA I SUPERFICIJARNO PRAVO

11.1. Pravna pretpostavka za pravo građenja: trajna veza zemljišta i zgrade

Pravna pretpostavka za pravo građenja i superficijarno pravo pravno je jedinstvo zemljišta i zgrade, a ono postoji kada je zgrada trajna. Trajna, a ne čvrsta veza pretpostavka je pravnog jedinstva zemljišta i zgrade (§§ 94. i 95. BGB-a i §§ 94-97 OGZ-a) te čl. 2. st. 3. i 9. st. 3. ZV, odnosno čl. 14. st. 1. ZSP RS-a, kao i čl. 14. st. 1. Nacrta ZSP FBiH.

Ona trajna naprava koja se ne bi mogla smatrati zgradom u pravnom smislu ne može se ni pravom građenja odvojiti od zemljišta već eventualno pravom služnosti. S druge strane, zgrada koja nije trajno vezana za zemljište nije priraštaj zemljišta, po zakonu ima svoju samostalnost bez prava građenja, jer bez trajnosti ne može po zakonu biti sastavni dio zemljišta.¹⁰⁶ Zato on mora utvrditi pojam zgrade i podsjetiti se na pravne pretpostavke za priraštaj, tj. pravno jedinstvo zemljišta i zgrade.

104 Stavljajući težište na superficijarno vlasništvo u nekim vrlo poznatim talijanskim standardnim udžbenicima građanskog prava se ustanova superficijarnog prava svrstava uz ustanovu prava vlasništva, a ne među stvarna prava na tuđoj stvari (Messineo, F., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1965., str. 532-537.; Trabbucchi, A., *Instituzioni di diritto civile*, CEDAM, Padova, 1994., str. 457-463.). U drugim, također, uglednim udžbenicima superficijarno pravo se obrađuje među stvarnim pravima na tuđoj stvari, tako npr. Galgano, F., *Diritto privato*, CEDAM, Padova, 1996., str. 162-163.; Zatti, P., Colussi, P., *Lineamenti di diritto privato*, CEDAM, Padova, 1993., str. 236. i dalje. Među autorima koji su se naj iscrpnije bavili ovom pravnom ustanovom ističe se Salis, L. koji je objavio dvije monografije: u jednoj je obradio superficijarno vlasništvo prema starom talijanskom Građanskom zakoniku (*La proprietà superficaria*, op. cit.), a u drugoj - superficijarno pravo prema sadašnjem Građanskom zakoniku (*La superficie*, op. cit.); zatim: Balbi, G., *Il diritto di superficie*, Giappichelli, Torino, 1947., Pugliese, G., *Della superficie*, op. cit. i Zaccagnini, M., op. cit. U novije vrijeme: Guarneri, A., *Superficie*, u: *Digesto civile*, UTET, Torino, 1999., vol. XiX, str. 206.; Bessone, A., Di Paolo, M., *Superficie (diritto civile)*, u: *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1993.; Guarneri, A., *Superficie*, *Rivista di diritto civile*, 1986., N°2, 1991., N°4, 1996., N°4 i napose Barca, A. – Marvasi, C., *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004.

105 Austrijski Zakon o pravu građenja propisuje da se na osnovi prava građenja ima pravo vlasništva zgrade na površini ili ispod površine tuđeg zemljišta (§ 1. st. 1.). Isto, propisuje i njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja (§ 1. st. 1.), hrvatski ZV (čl. 280. st. 1.) i ZSP RS (čl. 286. st. 1.), kao i talijanski Građanski zakonik (čl. 952. i 955.).

106 Guarneri, A., *Superficie in Digesto civile*, UTET, Torino, 1919., vol. 19, 213.

Privremena zgrada je, dakle, po samom zakonu pravno odvojena od zemljišta. Hrvatski ZV propisuje: «No, nisu dijelovi zemljišta one zgrade i drugo što je s njim spojeno radi neke prolazne namjene» (čl. 9. st. 3.). Ova je odredba suvišna jer su nekretnine i po tom Zakonu «čestice zemljine površine, zajedno sa svim što je sa zemljištem trajno spojeno na površini ili ispod nje, ako Zakonom nije drugčije podređeno» (čl. 2. st. 3.) «Što je na površini zemlje, iznad ili ispod nje izgrađeno, a namijenjeno je da tamo trajno ostane, ili je u nekretninu ugrađeno, njoj dograđeno, na njoj nadograđeno ili bilo kako drukčije s njom trajno spojeno, ako je dio te nekretnine sve dok se od nje ne odvoji» (čl. 9. st. 3.). *Argumentum a contrario*, sve što je na nekretnini, iznad ili ispod njene površine izgrađeno ili je u nekretninu ugrađeno, nadograđeno ili dograđeno u prolazne svrhe nije dio nekretnine. Osnovna pretpostavka za pravo građenja jeste pravno jedinstvo zemljišta i trajne zgrade (*supra*). Ono se osniva radi pravnog razdvajanja zemljišta i sadašnje ili one buduće zgrade koja će se izgraditi na zemljištu opterećenom pravom građenja.

Pravo građenja može se konstituirati, dakle, i na nekretnini koja se sastoji od zemljišta i trajne zgrade. U tom slučaju postojeća trajna zgrada postaje pripadnost, odnosno bitni sastavni dio prava građenja, pa je nositelj prava građenja vlasnik zgrade.

11.2. Pojam zgrade u kontekstu ustanove prava građenja i superficijarnog prava

Kako zakoni ne određuju pobliže pojam zgrade, sa stajališta ustanove prava građenja, to mora učiniti sudska praksa i pravna znanost koja uopćava i sistematizira sudsku praksu. Ni austrijski Zakon o pravu građenja, određujući pojam građevine (čl. 2., st. 2., 4. i 5.), naime ne daje definiciju zgrade. Takvu definiciju ne daje ni njemačko nasljedno pravo građenja, kao ni talijansko superficijarno pravo; nema je ni u ustanovi hrvatskoga, kao ni bosanskoga prava građenja.

Pojam zgrade nije univerzalan, već ovisi o konkretnom pravnom sustavu i o konkretnom uređenju i dometu ustanove prava građenja, odnosno o interpretaciji ove pravne ustanove prema konkretnim okolnostima uzimajući u obzir pravno shvaćanje koje se oblikovalo u određenom pravnom sustavu, u sudskoj praksi i pravnoj znanosti.

U talijanskoj pravnoj znanosti vrlo široko se definira pojam zgrade kao nekretnine koja se može pravno odvojiti od zemljišta superficijarnim pravom. Tako npr. prema Salisu zgrada je ona naprava koja služi za trodimenzionalnu izolaciju jednog prostora na površini ili ispod površine zemljišta, pa čak i željezničke i tramvajske tračnice.^{107,108}

107 Salis, L., *La superficie*, Unione tipografica, ed. Torinese, Torino, 1968., str. 59.

108 Balbi, G., *Il diritto di superficie*, Giappichelli, Torino, str. 103. – 104.; Lucci, A., *Del diritto di superficie della proprietà del sottosuolo*, Marghieri, Napoli, UTET, Torino, 1927., p. 127. Pugliese, G., *Della superficie*, in: *Commentario del Codice civil*, Zanichelli, Bologna, Foro Italiano, Roma, 1976, p. 584. Suprotno Salis (str. 48) koji smatra da se na javnom dobru

Pojam građevine, koja se može odvojiti od zemljišta njemačkim nasljednim pravom građenja, prema Ringu, su sve trajne ljudske naprave koje mijenjaju namjenu zemljišta, a to su osim zgrada različitih namjena i lučka postrojenja, žičare, uspinjače, zdenci, vodokoci, spomenici, pa čak i naprave za melioraciju zemljišta, kao što su kanali za navodnjavanje ili za odvodnjavanje.¹⁰⁹ Po hrvatskom i bosanskom pravu zemljište koje pokriva željeznička pruga po namjeni je dobro u općoj uporabi, a na takvim nekretninama se ne može konstituirati pravo građenja, ali može koncesija koja pravno odvaja zemljište zgrade i druge građevine (čl. 3. st. 4. i čl. 9. st. 4. ZV-a, odnosno čl. 7. st. 4. ZSP RS-a kao i čl. 7. st. 4. Nacrta ZSP FBiH). Čini se da u druge građevine spadaju i željezničke tračnice jer osoba koja gradi, održava i eksploatira željezničke tračnice ne mora biti ona osoba koja upravlja građevinskim zemljištem.

Drugi autori navode da je zgrada u smislu njemačkoga nasljednog prava građenja (Uredbe iz 1919.) i teren za golf; za tenis itd.¹¹⁰ U jednom novijem djelu također se, vrlo široko definira pojam građevine sa gledišta nasljednog prava građenja, kao svaka samostalna naprava na površini ili ispod površine zemljišta. Pored zgrada – zatvorenih prostora, koji imaju ulaz za ljude, a namijenjene su različitim svrhama ovamo spadaju prometne građevine: ceste, odmorišta i parkirališta, željeznička postrojenja i željezničke tračnice; mostovi i vijadukti; lučka postrojenja; zatim postrojenja za "snabdijevanje", npr. cjevovodi različitih namjena i s njima povezani šahtovi i ozidani bunari; masivni bazeni; zatim riječne skele, žičare, rudarska postrojenja, visoke peći, tankovi za plin od 900 m³ i veći; potom sportski tereni itd. Nisu zgrade one naprave koje su izgrađene isključivo od zemlje (npr. zemljani nasipi, kanali za odvodnjavanje ili navodnjavanje), pa izgleda ni retencije (umjetna jezera) za zadržavanje vode u uvjetima poplave i za napajanje zemljišta u doba suše.¹¹¹ Po njemačkom pravu može se, dakle, konstituirati nasljedno pravo građenja i na javnom dobru u javnoj uporabi.

12. KONCEPTUALNA RAZLIKA IZMEĐU SUPERFICIJARNOG PRAVA I PRAVA GRAĐENJA

Dok se talijansko superficijarno pravo iscrpljuje s pravnim razdvajanjem zemljišta i zgrade izgrađene na površini ili ispod površine zemljišta bilo da je izgrađena nakon osnivanja ili prije osnivanja superficijarnog prava, pravo građenja

ne može konstituirati superficijarno pravo, pa prema tomu ni željezničke tračnice nisu superficijarnim pravom odvojene od zemljišta.

109 Ring, J., Standinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gezezbuch, III Band, II. Aufl., str. 880.-881.

110 Ripfel/Schütze: Auflage, Verlag, Recht und Wirlschaft GmbH, Heidelberg, 1993.; Baur/Stürner, Sachenrecht, Verlag C. H. Beck, München, 1999., C I., § 29., 4., str. 339.

111 Helmut Freiherr von Oefele/Dr. Karl Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, CH Beck Verlangsbuchlandlung, München, 1995., glava druga, odsjek II i tamo navedena stajališta sudske prakse.

razdvajajući te dvije nekretnine preuzima ulogu zemljišta pa je zgrada njegova pripadnost (priraštaj, Zuwacks, a ne Zubehör u širem smislu koje obuhvaća i pripadak, pertinenciju). Prema tomu pravo građenja je umjetno zemljište uz tri, četiri iznimke u odnosu na prirodno zemljište koje proizlaze iz njegove pravne prirode i svrhe. Pravo građenja po svojoj pravnoj prirodi ograničeno je stvarno pravo na nečijem zemljištu (tuđem ili svome – može se imati pravo građenja na vlastitom zemljištu), a istodobno i zemljište u pravnom smislu koje sa zgradom čini neraskidivu nekretninu od „kamena temeljca“ dok ono postoji. Zato se to pravo osniva i mijenja dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu. Tako vlasnik zemljišta osnivanjem prava građenja i podzemnog prava građenja stvara dvije umjetne nekretnine bilo da ih zadrži za sebe ili prenese na drugu osobu. Obujam objekta prava građenja užu je od obujma objekta prava vlasništva na zemljište. Iz pravila da pravo građenja dolazi na mjesto zemljišta – drugo zemljište, proizlaze mnogobrojne prednosti koje se izlažu u drugom radu.¹¹²

U talijanskoj pravnoj literaturi osobito se ističe kako ustanova superficijarnog prava potiče poduzetništvo dok je ustanova prava građenja usmjerena u prvom redu ka zadovoljavanju socijalnih potreba stambeno ugroženih osoba, tj. ostvarenju ljudskoga prava na stan stjecanjem prava građenja uz periodičnu naknadu u visini prosječne zakupnine, umjesto kupovanja zemljišta po astronomskoj cijeni, relativno niskoj, graditelju se omogućava da pribavi umjetno zemljište, tj. pravo građenja. Zbog toga ustanova talijanskoga superficijarnog prava u manjoj je mjeri uređena prinudnim zakonskim pravilima, koliko je nužno da se sačuva njena priroda i svrha, osnivanje, trajanje i prestanak, dok je sve drugo prepušteno slobodi ugovaranja osnivača i stjecatelja toga prava. Nasuprot tomu, ustanovom prava građenja, osobito njemačkoga nasljednog prava građenja od 15. siječnja 1919. dominiraju prisilni propisi radi ostvarenja socijalne svrhe toga prava.¹¹³

112 Namijenjenom za sljedeće Savjetovanje pravnika u Poreču 2013, u: Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol 34. br. 1 (2013.)

113 Vidi Simonetti, P., Pravo građenja, izd. NIO, Sl. list Sarajevo, NIU, Sl. list SFRJ, Beograd, 1985., str. 42.-59.

Summary

EVOLUTION OF THE INSTITUTE OF RIGHT OF SUPERFICIES AND COMPARISON WITH THE RIGHT TO BUILD

A titular of the Roman Law institute *superficies* was entitled to protection of possession and ownership, nevertheless, he never had a right to build a building on someone else's land due to the fact that this legal segment of the right of superficies had never been developed in Roman Law (or its antecedents). It was a long way between the Roman *superficies* and full recognition of legal separation of a building and a land. During the years this institute developed tendencies towards such entitlements smoothing the progress of its unproblematic fitting within the feudal structure of divided property. The described development was stimulated by barbarian laws in Roman time which were giving priority to the principle according to which a building belonged to the one who had built it instead of the proprietary principle of accretion. The same precedence was given by provisions of statutes enacted in Medieval Italian cities. Different institutes which were giving rights to its titular to have a building on other's land but separated from that land were developed, as it can be seen, in German and Austrian law before the modern right to build. The right to build differs from the right of superficies because it takes a role of a land by itself, and consequently a building is its accrete as it is a land itself. This is a source of numerous advantages, especially for a person who has the right to build. As opposed to the right of superficies that stimulates business undertakings, the right to build, in the first place, protects these who are socially endangered due to the fact that it gives a possibility to build a building without buying a land. Over its titular, the right to build imposes a small remuneration which can be excluded in cases where this right is established by municipalities.

Key words: *right of superficies, right to build, right of ownership.*

Zusammenfassung

DIE EVOLUTION DES INSTITUTS DES SUPERÄDIFIKAT- SRECHTES UND SEIN VERGLEICH MIT DEM BAURECHT

Es war ein langer Weg vom römischen *superficies* (von seinen Vorgängern) d.h. vom Recht auf das Gebäude auf fremden Grundstück, das im römischen Recht nie bis zum Grad der rechtlichen Trennung des Gebäudes von seinem Grundstück entwickelt wurde, obwohl der Superädifikatsberechtigte sowohl Eigentümer als auch Besitzer des Gebäudes und seines Grundstücks war, und, obwohl die Entwicklung dieses Instituts dazu tendiert hat, weswegen es in die feudale Struktur des getrennten Eigentums leicht integriert wurde. Diese Entwicklung wurde schon im römischen Recht von barbarischen Rechten gefördert, welche, wie auch die Rechte von mittelalterlichen Satzungen in Italien, statt das Eigentumsprinzip zu begünstigen, dem Prinzip, nach dem das Gebäude seinem Errichter gehört, Vorrang gegeben haben. Verschiedene Institute des Rechtes auf das Gebäude auf fremden Grundstück getrennt von seinem Grundstück haben sich, wie wir gesehen haben, im deutschen und österreichischen Recht vor dem modernen Baurecht entwickelt. Das Baurecht unterscheidet sich vom Superädifikatsrecht darin, dass es die Rolle des Grundstücks nur übernimmt und so ist das Gebäude sein Zuwachs, als ob das Baurecht das Grundstück sei, aus dem zahlreiche Vorteile, insbesondere für den Baurechtberechtigten, hervorgehen. Während das Superädifikatsrecht das Unternehmertum fördert, schützt das Baurecht in erster Linie die sozial Gefährdeten, weil es die Errichtung des Gebäudes ohne den Grundstückskauf und mit periodischer Entschädigung oder ohne Entschädigung, insbesondere im Falle des vom Gemeinde gegründeten Grundstücks, ermöglicht.

Schlüsselwörter: *Superädifikatsrecht, Baurecht, Eigentumsrecht*

Riassunto

L'EVOLUZIONE DELL'ISTITUTO DEL DIRITTO DI SUPERFICIE E RAFFRONTO CON IL DIRITTO DI COSTRUIRE

Lunga è la strada a partire dalla *superficies* romana, cioè dal diritto di avere un edificio su suolo altrui, che nel diritto romano mai s'evolse a tal punto da condurre ad una scissione del suolo dall'edificio, sebbene il supericario godesse di tutela possessoria e petitoria; per quanto lo sviluppo di questo istituto tendesse a ciò, sicché agevolmente trovò posto nella struttura feudale della proprietà ripartita. Tale sviluppo era esortato già ai tempi del diritto romano dai diritti barbarici, i quali, al pari dei diritti degli Statuti delle signorie feudali in Italia, in luogo del principio della proprietà privilegiavano il principio in base al quale l'edificio apparteneva a colui che l'aveva costruito. Prima dell'attuale diritto di costruire, diversi furono gli istituti giuridici regolanti il diritto ad avere un edificio su suolo altrui che si svilupparono nel diritto tedesco ed in quello austriaco. Il diritto di costruire si differenzia dal diritto di superficie per il fatto di sostituirsi al suolo nella sua funzione, cosicché l'edificio diventa una sua parte come se si trattasse del suolo dal quale derivano numerosi vantaggi specie per il titolare del diritto di costruire. A differenza del diritto di superficie, il quale stimola l'imprenditorialità, il diritto di costruire, anzitutto, tutela le categorie socialmente deboli, poiché rende possibile la costruzione dell'edificio senza l'acquisto del suolo a fronte di un modesto indennizzo o senza indennizzo qualora si costituiscano nuovi comuni.

Parole chiave: *diritto di superficie, diritto di costruire, diritto di proprietà.*