

ODLIKE PRAVA GRAĐENJA I SUPERFICIJARNOG PRAVA

Simonetti, Petar

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2013, 34, 3 - 33**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:896660>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-11-28**

PRAVI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA

DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

ODLIKE PRAVA GRAĐENJA I SUPERFICIJARNOG PRAVA

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

UDK: 347.242
347.256
349.44
Ur.: 16. studenog 2011.
Pr.: 18. siječnja 2012.
Izvorni znanstveni rad

Sažetak

Pravo građenja kao i superficijarno pravo pravno razdvaja trajnu zgradu od zemljišta kao potpuno samostalnu nekretninu, ali, za razliku od superficijarnog prava, pravo građenja se po zakonu smatra samostalnom nekretninom, a zgrada na njemu izgrađena ili njime naknadno odvojena od zemljišta njegova je neraskidiva pripadnost (priraštaj). Pravom građenja se ne ukida načelo superficies solo cedit već se samo prirodno zemljište zamjenjuje umjetnim pravom građenja kao drugim zemljištem. Pravo građenja je istovremeno ograničeno stvarno pravo na tuđem ili vlastitom zemljištu i samostalna nekretnina sa zgradom koju pravno odvaja od zemljišta. Zato se na temelju pravnog posla stjele ili mijenja ili prestaje to pravo dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu. Pravo građenja može se otuđiti, naslijediti i opteretiti; ima tri bitne funkcije: socijalnu, jer snižuje troškove izgradnje za iznos cijene zemljišta; gospodarsku jer omogućava stalno pritjecanje gradske rente u imovinu vlasnika zemljišta, i pravnu koja omogućava pravno razdvajanje zemljišta i zgrade. Pravo građenja, za razliku od ostalih stvarnih prava, pored zakonskog ima i sadržaj određen pravnim poslom (akcidentalnim i dispozitivnim) koji postaje njegov integralni dio upisom u zemljišnu knjigu.

Ključne riječi: vlasništvo, pravo građenja, funkcije, sadržaj, obilježja.

UVOD

Potreba građenja vlastite zgrade na tuđem zemljištu postoji od vremena od kada se ustalilo privatno vlasništvo na građevinskom zemljištu daleko prije raspada kolektivnog vlasništva na ostalom zemljištu. Ovo potvrđuje evolucija ustanove superficieses u rimskom i pandektnom pravu kao i njen utjecaj na oblikovanje srodnih ustanova u suvremenim pravnim sustavima kontinentalne Europe među kojima je i ono najudaljenije - pravo građenja.¹

1 Simonetti, P., Rimski superficies i njegov utjecaj na suvremena prava kontinentalne Europe, u: Zbornik na trudovi od međunaroden simposium «Suvremenoto pravo,

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 (pod različitim nazivima) u državama s privatnopravnim uređenjem i b) sada već povijesno pravo korištenja građevinskog zemljišta u socijalističkom vlasništvu u bivšim socijalističkim državama i Sovjetskom Savezu.² U tu skupinu spada i pravo korištenja na zemljištu u društvenom vlasništvu u FNRJ/SFRJ koje je iscrpno obrađeno u drugim radovima.³

U ovom članku se u sažetom obliku prikazuju odlike (funkcije, sadržaj i priroda) prava građenja u usporednom pravu. Tekst se ograničava na ustanove prava građenja u njemačkom, austrijskom, hrvatskom i bosanskom pravu, točnije pravu Republike Srpske jer je istovjetna ustanova u Federaciji Bosne i Hercegovine oblikovana tek u radnom nacrtu Zakona o stvarnim pravima koju je radna skupina GTZ-a 2006. godine predala Ministarstvu pravde Vlade Federacije BiH.⁴ Obradeni su bitne odlike talijanskog superficijarnog prava radi isticanja specifičnosti prava građenja. Sasvim je sažet osvrt na suvremene pravne ustanove koje pravno razdvajaju zemljište i zgradu kao dvije posve samostalne nekretnine u europskim građanskim pravima te u japanskom pravu i pravu Québeca (Kanada) učinjen je na drugom mjestu.⁵ U posebnom djelu rada obrađene su ustanove pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade i pravo služnosti građenja prema radnom Nacrtu Zakona o svojini

pravna nauka i Justinijanova kodifikacija, TOM I., Univerzitet Sveti Kiril i Metodij, Skopje, Pravni fakultet «Justinijan prvi» - Skopje, 2004.

- 2 Šire o pravima na zemljištu u socijalističkom vlasništvu, Simonetti, P., Pravo građenja, NIO "Službeni list SR BiH" i NIO SI. list SFRJ, Sarajevo – Beograd, 1986., str. 97 – 108.
- 3 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., knjiga 1.
- 4 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, NN 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 76/06., 114/06., 141/08., 38/09., 153/09 (čl. 280.-295.); Radni nacrt Zakona o stvarnim pravima za oba entiteta BiH, objavljen je u Zborniku radova, Četvrto međunarodno savjetovanje Aktualnosti građanskog zakonodavstva i pravne prakse, (Neum 16., 17. i 18. lipnja 2006. god.), izd. Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru i Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Mostar, 2006. Nakon toga Republika Srpska donijela je Zakon o stvarnim pravima, Sl. gl. RS 124/08. i 58/09. (čl. 286.-302.) koji se podudara s radnim Nacrtom. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine, Sl. glasnik DB BiH br.11/01., 8/03. i 40/04. uredio je ustanovu prava građenja (čl. 74.-90.). Za njemačko pravo vidjeti tekstove Petar Simonetti: Pravo građenja, NIO Službeni list SRBIH i NIU Službeni list SFRJ, Sarajevo – Beograd, 1986. i tamo citiranu pravnu literaturu, uz noviju literaturu koja se citira u ovom radu; za hrvatsko pravo građenja, isti: Pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 19, br. 2., 1998.; isti: Osnivanje prava građenja, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 20, br. 2., 1999.; a za bosansko pravo isti: Pojam, pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja prema radnom nacrtu Zakona o stvarnim pravima (čl. 300.-315.) Federacija BiH i Republike Srpske, Zbornik Aktualna pitanja građanskog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, izd. Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2006.
- 5 Simonetti, P., Pravo građenja kao oblik raspolaganja građevinskim zemljištem jedinica lokalne samouprave, Informator, 5263 – 63 od 27. i 30.7. 2005.; isti: Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.), Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 16. – 24.

i drugim stvarnim pravima Republike Srbije.⁶

1. 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*)⁷ i da je analogna ustanova još potpunije uređena u pravnom izvoru njemačkog nasljednog prava građenja (*Erbbaurecht*),⁸ one se izlažu pod zajedničkim nazivom *pravo građenja* (kad se međusobno pododaraju) *s mjestimičnim osvrtima na ustanovu talijanskog superficijarnog prava (diritto di superficie)*.⁹ Ustanova prava građenja u pravu Republike Srpske i u radnom Nacrtu FBiH Zakon o stvarnim pravima, Sl. gl. RS 124/08, 58/09¹⁰ (čl. 286.-302.) i Nacrtu ZSP Federacije Bosne i Hercegovine podudara se s pravnom ustanovom hrvatskoga prava građenja. U tome dijelu istovjetan je Zakon o stvarnim pravima s radnim Nacrtom za FBiH, samo se promijenila numeracija jer je Zakon RS ispustio ustanovu zemljišnog duga. 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 nakon Prvog svjetskog rata bilo ustupljeno Kraljevini Italiji (1920. i 1924.).¹¹ Na preostalom području - područje Apelacionog (ranije

6 Zakon o stvarnim pravima, Sl. gl. RS 124/08., 58/09.; Simonetti, P., Ustanove pravnom razdvajanja zemljišta i zgrada i pravo službenosti (službenosti) građenja prema Nacrtu Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije, Pravni život, god. LVII, br. 11., 2008., tom III, str. 113. – 155.

7 Gesetz vom 26. 4. 1912. RGBI 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)

8 Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919 (RGBI S 72, 122/ BGBl III 403-6), 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 Bürgerliches Gesetzbuch koji je stupio na snagu 1. siječnja 1900.) kako određuje prijelazna odredba iz § 38. Uredbe.

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

10 Zakon o stvarnim pravima, Sl. gl. RS 124/08., 58/09. (čl. 286.-302.) i Nacrtu ZSP Federacije Bosne i Hercegovine.

11 Istra, Rijeka, kvarnerski otoci, Zadar i na jugu otoci Lastovo i Palagruža, o prelaženju suvereniteta Kraljevine Italije na ovo područje i o primjeni dotadašnjih zakona vidjeti Rapallski 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 u publikaciji Zakoni, ugovori i konvencije s Kraljevinom Italijom, Knj. 1. i Zakon o Nettunskim konvencijama, Zbirka zakona, Sv. 105., Geca Kon, Beograd, 1929. Primjena talijanskog Građanskog zakonika iz 1865. započela 1. srpnja 1929.; vidi: Lenac, R., 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

Zemaljskog) suda u Splitu i dalje se primjenjivao austrijski Zakon o pravu građenja sve do 6.4.1941.¹²

Pravo građenja je ograničeno 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).¹³ Identične su odredbe iz člana 186. st. ZSP RS i u čl. 300. Nacrta FBiH.¹⁴

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 ne može se osnovati pravo građenja, kao nijedno drugo stvarno pravo,¹⁵ ako za javno dobro u općoj uporabi nije nešto drugo zakonom propisano.¹⁶ Na tim dobrima se pod određenim uvjetima može osnovati koncesijsko pravo koje odvaja zemljište i trajnu zgradu ili drugu građevinu dok koncesija traje.¹⁷ 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 pravnim poslom ili nasljeđivanjem. Zakon propisuje: «Vlasnik zemljišta može biti nositelj prava građenja na svome zemljištu».¹⁸

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 vlasnika zemljišta (vlasnik može za sebe osnovati pravo građenja na površini ili ispod površine zemljišta), ali kao posve samostalne nekretnine koje se kao takve i upisuju u zemljišne knjige.

-
- od 1918. do 1945., Vjesnik državnog arhiva u Rijeci, Sv. 2., Rijeka, 1954. Ovo područje ustupljeno 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 pisanog pravnog posla (čl. 448.).
- 12 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 izdani 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 prijelazne odredbe Pravilnika za vođenje zemljišnih knjiga od 17. siječnja 1931.).
- 13 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. (čl. 280-295.).
- 14 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 zemljišnog duga (čl. 186. – 197. Nacrta) u ZSP RS.
- 15 Čl. 3. st. 2. i 35. st. 4. i 8. ZV-a.
- 16 Čl. 35. st. 4. ZV-a.
- 17 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.
- 18 Čl. 284. st. 2. ZV-a, odnosno čl. 290. st. 2. ZSP RS kao i čl. 304. st. 2. Nacrta ZSP FBiH.

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 kako izgradnjom zgrade (vršenjem prava građenja) na neizgrađenom zemljištu ili ispod površine zemljišta, tako 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 razdvajanjem zemljišta i zgrade u vlasništvu iste osobe. 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 drugog 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 neizgrađenom građevinskom zemljištu upravo radi stjecanja prava vlasništva na zgradu njenom izgradnjom. Kada nositelj prava građenja ne bi imao ovo 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 broj stvarnih prava (*numerus clausus*) pa bi imalo obveznopravni karakter pod potestativnim uvjetom, jer su stvarna prava kreacija zakonodavca, a ne slobodne dispozicije osoba u pravnom odnosu, slobode ugovaranja. Perfektan ugovor o stjecanju prava građenja je samo *iustus titulus*, a dvostruki upis u zemljišne knjige je *modus aquirendi* tj. način stjecanja toga prava.

Ovlaštenje ponovnog građenja, nakon rušenja postojeće zgrade, je dispozitivno jer je moguće pravo građenja na izgrađenoj građevinskoj čestici i bez toga ovlaštenja tj 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 opterećenog zemljišta koji je dužan trpjeti takvo ograničenje svoga prava vlasništva. Pravo građenja je u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom.¹⁹ 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.²⁰ Prema tomu nekretnina, u pravnom pogledu je i samo pravo građenja, kao i pravo građenja sa zgradom izgrađenom na zemljištu opterećenim pravom građenja ili njime naknadno pravno odvojenom od zemljišta. Pravo građenja ima dvostruku pravnu prirodu, ono je istovremeno ograničeno 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 uložka u kome je upisano opterećeno zemljište i kao samostalna nekretnina u novoosnovanom zemljišnoknjižnom ulošku koji je povezan sa zk uloškom u kojem

19 Čl. 280. st. 2. ZV. Tako i čl. 286. st. 2. ZSP RS odnosno čl. 300. st. 2. Nacrta FBiH.

20 Čl. 280. st. 3. ZV-a kao i čl. 286. st. 3. ZSP RS, odnosno čl. 300. st. 3. Nacrta FBiH.

je upisano opterećeno zemljište (primjerice čl. 34. hrv. ZZK).²¹ 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 je 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 talijanskom superficijarnom pravnom sustavu zgrada je jednostavno predmet superficijarnog vlasništva (*la proprietà superficaria*, art. 952-955. CC-a).²² Zgrada je nekretnina koja je pravno odvojena od zemljišta superficijarnim pravom: ona nije pripadnost toga prava već posve pravno autonomna stvar. Superficijarno pravo poništavajući atrakcijsku snagu prava vlasništva zemljišta, dakle, ne preuzima njegovu ulogu, poput njemačkog, austrijskog i hrvatskoga prava građenja, kao i prava građenja entiteta BiH te prava građenja BD BiH.²³

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

22 Talijanski Codice civile od 20.3.1942. Stavljajući težište na superficijarno vlasništvo u nekim 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., *Instutuzioni 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 najiscrpnije bavili ovom pravnom ustanovom ističe se Salis, L. koji je objavio dvije monografije. U jednoj (1936.) je obradio superficijarno vlasništvo prema starom talijanskom Građanskom zakoniku iz 1865. (*La proprietà superficaria*), a u drugoj (UTET, Torino, 1968.) - superficijarno pravo prema sadašnjem Građanskom zakoniku od 20.3.1942. (*La superficie*); zatim: Balbi, G., *Il diritto di superficie*, Giappichelli, Torino, 1947., Pugliese, G., *Della superficie*; Zaccagnini, M. *Pravo građenja 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 Barca, A. - Marvasi, C., *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004., koji su konzultirali ogroman broj znanstvenih djela i sudskih odluka.

23 Austrijski Zakon o pravu građenja propisuje da se na osnovi prava građenja ima pravo vlasništva zgrade na površini ili ispod površine 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.), ZV BD BiH (čl. 74.st.1.) kao i talijanski Građanski zakonik (čl. 952. i 955.).

2. PRAVNA PRETPOSTAVKA ZA PRAVO GRAĐENJA I SUPERFICIJARNO PRAVO

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

Pravna pretpostavka za pravo građenja i superficijarno pravo je pravno jedinstvo zemljišta i zgrade, a ono postoji kada je zgrada trajna. Trajna, a ne čvrsta veza pretpostavka je pravnog jedinstva zemljišta i zgrade (čl. 2. st. 3. i 9. st. 3. ZV), čl. 7. st. 4. ZV BD BiH, odnosno čl. 14. st. 1. ZSP RS 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 pravno odvojiti od zemljišta, osim ako je zakonom ili odredbom vlasnika pripadak (pertinencija) neke druge nekretnine. S druge strane, zgrada koja nije trajno vezana za zemljište nije ni priraštaj zemljišta, ima svoju samostalnost bez prava građenja ili drugog stvarnog prava.²⁴ Zato se mora utvrditi pojam zgrade i podsjetiti se na pravne pretpostavke za priraštaj, tj. pravno jedinstvo zemljišta i zgrade.

Privremena zgrada je 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 odredba je suvišna jer su nekretnine i po tome 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 namjenjeno je da tamo trajno ostane, ili je u nekretninu ugrađeno, njoj dograđeno, na njoj nadograđeno ili bilo kako drugčije 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 zgrade (*supra*). Ono se osniva radi pravnog razdvajanja zemljišta i sadašnje ili 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, odnosno vlasnik toga prava kao samostalne (umjetne) nekretnine, istovremeno kao sastavni dio toga prava - vlasnika zgrade.

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

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

Kako zakoni ne propisuju definiciju pojma 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 hrvatskog, kao ni bosanskog prava građenja.

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

U talijanskoj pravnoj znanosti vrlo se široko 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.²⁵ Nasuprot tomu, prema nekima su objekt superficijarnog prava čak i željezničke i tramvajske tračnice.²⁶

Pojam građevine, koja se može odvojiti od zemljišta nasljednim pravom građenja, prema Ringu, obuhvaća 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.²⁷ Po hrvatskom i bosanskom pravu zemljište koje pokriva željeznička pruga po namjeni je dobro u općoj uporabi, a na takvim se nekretninama 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, čl. 7. st. 4. ZV BD BiH, odnosno čl. 7. st. 4. ZSP RS kao i čl. 7. st. 4. Nacrta ZSP FBiH).²⁸ U druge građevine spadaju i primjerice željezničke tračnice.

Drugi autori navode da je zgrada u smislu njemačkog nasljednog prava građenja (Uredbe) i teren za golf; za tenis itd.²⁹ U jednom novijem djelu se, također,

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

26 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, str. 127. Pugliese, G., *Della superficie*, u: *Commentario del Codice civil*, Zanichelli, Bologna, Foro Italiano, Roma, 1976, str. 584. Suprotno Salis (str.48) koji smatra da se na javnom dobru ne može konstituirati superficijarno pravo, pa prema tomu ni željezničke tračnice i druge naprave na javnom zemljištu ili ispod njegove površine nisu pravno odvojene od zemljišta superficijarnim pravom.

27 Ring, J., *Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, III Band, II Aufl., str. 880-881.

28 Čl. 3. st. 4. i čl. 9. st. 4. ZV, čl. 7. st. 4. ZV BD BiH, odnosno čl. 7. st. 4. ZSP RS kao i čl. 7. st. 4. Nacrta ZSP FBiH.

29 Ripfel/Schütze, *Erbbaupertrag*, 3. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993. Baur/Stürmer, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 1999., C I., § 29., 4., str. 339.

vrlo široko definira pojam građevine s stajališta 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 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 i druge građevine u kontekstu ove pravne ustanove, naprave koje su izgrađene isključivo od zemlje (npr. zemljani nasipi, kanali).³⁰ Po ovome proizlazi da se po njemačkom pravu može konstituirati nasljedno pravo građenja i na javnom dobru u općoj uporabi.

3. FUNKCIJE PRAVA GRAĐENJA

Pravo građenja po svojoj namjeni bitno se razlikuje od ostalih ograničenih stvarnih prava. Ono zadovoljava tri bitne svrhe: pravnu, socijalnu, gospodarsku, stoga se mora promatrati i kao sredstvo (funkcija) za ostvarenje ovih svrha.

3.1. Općenito o pravnoj, socijalnoj i gospodarskoj funkciji prava građenja

Ustanova prava građenja omogućava graditelju da pribavi građevinsku česticu uz relativnu malu periodičnu naknadu, koju plaća svakodobni nositelj prava građenja do njegova prestanka. Nositelj prava građenja može pribaviti hipotekarni kredit zalažući to pravo i prije početka izgradnje zgrade. Pravo građenja se, naime, može hipotekarno založiti kao “drugo zemljište”, odnosno kao zemljište u pravnom smislu - “otjelovljeno pravo”. Hipoteka se s prava građenja širi na zgradu u tijeku građenja (*in statu nascendi*) kao na pripadnost toga otjelovljenog prava (bitni sastavni dio po dikciji njemačkog prava). Stjecanjem prava građenja njegov nositelj stječe, dakle, sposobnost da ga hipotekarno optereti i da zahvaljujući tomu pribavi stambeni kredit, koji bez hipotekarnog jamstva ne bi pribavio. S druge strane, osnivanjem prava građenja općine i gradovi zadržavaju pravo vlasništva na zemljištu i stječu stabilan izvor stalnog prihoda za ulaganja u komunalnu infrastrukturu i komunalno uređenje neizgrađenog građevinskog zemljišta.

U Njemačkoj je 1907. objavljen program zemljišne reforme koji je značajno utjecao na oblikovanje ustanove nasljednog prava građenja. Reformatori su istakli nekoliko ciljeva koji bi se morali postići reformom nasljednog prava građenja, koje je bilo vrlo apstraktno uređeno Građanskim zakonikom iz 1896. (§§ 912.-917.) tako da je širokom slobodom ugovaranja mogućavao ekonomski jačoj ugovornoj strani

³⁰ Helmut Freiherr von Oefele/Dr. Karl Winkler, *Handbuch des Erbbaurechts*, CH Beck sche Verlangsbuchlandlung, München, 1995., glava druga, odsjek II i tamo navedena stajališta sudske prakse.

(po pravilu vlasniku zemljišta) oblikovanje prava građenja na štetu ekonomski slabijeg ugovaratelja. Zahtjevi programa zemljišne reforme bili su:

1. siromašnim slojevima stanovništva uz smanjenje izdataka omogućiti dobivanje krova nad glavom;

2. umjesto individualnog vlasnika, općina (grad) koja se brine o komunalnoj infrastrukturi, komunalnom uređenju i planiranju urbanog prostora, prisvaja gradsku rentu;

3. spriječiti otuđenje općinskog (gradskog) zemljišta;

4. onemogućiti špekulaciju u prometu građevinskim zemljištem.³¹

Pod utjecajem tih zahtjeva u Njemačkoj je 15. siječnja 1919. godine, Vlada Weimarske Republike donijela Uredbu (sa zakonskom snagom) o nasljednom pravu građenja (Errbauerchtordnung).³² U osnovi isti razlozi motivirali su i austrijskog zakonodavca, da ne čekajući noveliranje OGZ-a (Nacrt novela sadržavao je i odredbe o pravu građenja),³³ zbog hitnih socijalnih potreba, 26. travnja 1912. godine, donese Zakon o pravu građenja, ali se u § 435 noveliranog OGZ-a navodi pravo građenja.³⁴

3.1.1. *Pravna funkcija prava građenja*

Pravo građenja, iako je ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu pravno odvaja zgradu od zemljišta kao posve samostalnu nekretninu u odnosu na zemljište (čl. 280. st. 1. ZV), tako i ZSP RS (čl. 286. st. 1.) kao i Nacrt ZSP FBiH (čl. 300. st. 1.). Poništavajući privlačnu snagu prava vlasništva na zemljištu, pravo građenja preuzima ulogu zemljišta. Ono je po zakonu drugo zemljište, umjetno zemljište pa je zgrada njegova pripadnost "kao da je ono zemljište" (čl. 280. st. 3. ZV, odnosno čl. 286. st. 3. ZSP RS kao i čl. 300. st. 3. Nacrta FBiH). Osnivajući pravo građenja, dakle ne ukida se načelo *superficies solo cedit*, već se samo zamjenjuje objekt koji privlači zgradu. Na mjesto prirodnog zemljišta dolazi pravo građenja, kao drugo zemljište, odnosno druga nekretnina ako je zgrada već izgrađena (čl. 280. st. 2. ZV, odnosno čl. 286. st. 2. ZSP RS kao i čl. 300. st. 2. Nacrta ZSP FBiH) pa je zgrada koja je izgrađena na pravu građenja ili njime odvojena od zemljišta njegova pripadnost (priraštaj), dok ono postoji jer nema prava koje bi moglo razdvojiti zgradu od prava građenja.

Pravo građenja osniva se zbog pravnog odvajanja postojeće trajne zgrade od zemljišta, ili izgradnje zgrade koja bi bez prava građenja bila sastavni dio zemljišta,

31 Ring, op. cit., str. 867-869.; Weirich, H. A., Grundstücksrecht, 2. Aufl., Verlag, C.H. Beck, München, 1996., §25., I-1.; Oefele/Winkler, op. cit., glava prva, II-6. (gdje se posebno ističe borba protiv špekulacija u prometu zemljištem).

32 V. Oefele/Winkler, op. cit., glava prva, t. I. i II.; Baur/Stürmer, Sachenrecht, 17. Aufl., C. H. Beck, München, 1999., § 3., str. 21., § 29., C I, str. 338.

33 OGZ je noveliran 1914., 1915. i 1916. (Vuković, M., Pravila građanskih zakonika, Uvod); ABGB und Nebeugesetze, Manz, Wien, 1966. (skupina autora).

34 Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Wien, 1923., str. 406-407., Mayr, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, erster Band, Reichenburg, 1923., str. 425.; Obuljen, Pravo građenja, Mjesečnik, 1912., str. 425-426.

jer će u oba slučaja nositelj prava građenja biti vlasnik zgrade. Dok to pravo postoji – postoji i taj pravni dualitet.

Budući da se pravo građenja može osnovati na površini ili ispod površine zemljišta (čl. 280. st. 1. ZV, odnosno čl. 286. st. 1. ZSP RS kao i čl. 300. st. 1. Nacrta ZSP FBiH) postoji mogućnost da jedna osoba ima pravo građenja na površini zemljišta, a druga ispod površine i da je treća osoba vlasnik zemljišta (tako uz prirodno zemljište nastaju i postoje još dvije nekretnine). Prva osoba će biti vlasnik zgrade na površini zemljišta, druga zgrade ispod površine zemljišta, a treća (vlasnik zemljišta) postaje vlasnikom tih zgrada kada prestane pravo građenja po klasičnom načelu *superficies solo cedit*, uz naknadu u iznosu za koju je zemljište vrijednije sa zgradom nego bez nje. Do tada vlasnik zemljišta ima pravo na prosječne zakupnine ako nije drugačije ugovoreno.

Nadogradnjom zgrade na temelju prava nadogradnje stječe se pravo vlasništva na posebni dio nekretnine i pravo suvlasništva na nekretninu koja se sastoji od zemljišta i zgrade ili prava građenja i zgrade (čl. 302. st. 4. ZSP RS).

3.1.2. *Socijalna funkcija prava građenja*

U uvjetima enormnih cijena građevinskog zemljišta, razmjerno se povećavaju troškovi izgradnje zgrada, odnosno cijene stanova ili najamnina za stan. Pravo na odgovarajući vlastiti stan, to temeljno pravo čovjeka i obitelji,³⁵ u takvim okolnostima za mnoge postaje gotovo nedostižno.

U razvijenim zemljama traže se različiti modaliteti stimuliranja jeftinije izgradnje zgrada, posebno socijalnih stanova i skromnih obiteljskih stambenih zgrada, a jedno od takvih sredstava je pravo građenja. Tom cilju treba služiti i hrvatsko kao i bosansko pravo građenja sukladno socijalnoj komponenti prava vlasništva i drugih stvarnih prava koju ističe Ustav RH, propisujući da su nositelji vlasničkoga prava i njegovi korisnici dužni doprinositi općem dobru (čl. 48. st. 2.) i da je socijalna pravda jedna od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske (čl. 3.). Ovo se posebno odnosi na jedinice lokalne samouprave koje u odnosu na druge osobe, uglavnom imaju najviše građevinskog zemljišta u svome

35 Povelja Svete Stolice o pravima obitelji od 22. listopada 1983. godine, koja je predložena svim osobama, ustanovama i predstavnicima vlasti nadležnim za poštivanje obitelji u suvremenom svijetu, poziva sve države i sve nadležne ustanove i osobe na promicanje poštivanja prava i djelotvorno priznavanje, pored ostalih i prava na stan. Pravo na stan formulirano je u čl. 11. Povelje “Obitelj ima pravo na doličan stan, pogodan za život obitelji i primjeren broju njezinih članova, u okolišu koji osigurava najneophodnije usluge za život obitelji i zajednice” (Sto godina katoličkog socijalnog nauka, Kršćanska sadašnjost, Zagreb, 1991., str. 568. i 569.). Države, članice Ujedinjenih naroda su se, međutim jedva suglasile da svatko ima pravo na životni standard dovoljan za njega i njegovu obitelj, uključujući primjerenu hranu, odjeću i *stan*, kao i na stalno poboljšavanje životnih uvjeta. Države ugovornice poduzet će shodne mjere za osiguravanje ostvarenja toga prava, priznajući u tu svrhu bitnu važnost međunarodne suradnje utemeljene na slobodnoj privoli - Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (dodatak Rezoluciji OSUN 2200 A (XXI) od 16. prosinca 1966.). Pakt je stupio na snagu 3. siječnja 1976. (točka 28. Odluke...), NN 12/93., Međunarodni ugovori).

vlasništvu (RH), ili su zakonom ovlaštene upravljati i raspolagati građevinskim zemljištem u državnom vlasništvu kao u FBiH³⁶ i u Republici Srpskoj,³⁷ a po Ustavu RH su dužne brinuti o socijalnim potrebama građana.³⁸

Stjecatelj prava građenja pribavlja građevinsku česticu upisom u zemljišnu knjigu, bez ikakve naknade uz obvezu plaćanja male periodične naknade (čl. 281. st. 2. ZV,³⁹ odnosno čl. 287. st. 2. ZSP RS, kao i čl. 301. st. 2. Nacrta ZSP FBiH). Budući da se to pravo može hipotekarno založiti (čl. 285. st. 2. u svezi s čl. 280. st. 2. ZV, odnosno čl. 294. i 295. ZSP RS, kao i čl. 308. i 309. Nacrta ZSP FBiH), kao svaka druga nekretnina na kojoj postoji pravo vlasništva njegovim stjecanjem, ujedno se stječe mogućnost pribavljanja hipotekarnog kredita za izgradnju zgrade.⁴⁰ Na taj se način omogućava ne samo jeftinija izgradnja, nego i kreditiranje izgradnje, dakle građenje tuđim sredstvima. Time se uveliko snižavaju cijene stambenog i poslovnog prostora te otvara mogućnost prodaje stanova i poslovnih prostorija s obročnom otplatom cijene, već tijekom izgradnje ili nakon izgradnje.

Upravo zbog toga se pravo građenja osniva prvenstveno radi izgradnje obiteljskih stambenih zgrada ili izgradnje socijalnih stanova (u višestambenim zgradama) koji se prodaju ili iznajmljuju po povoljnijim cijenama stambeno ugroženima (tzv. socijalni stanovi).

Pravo građenja, u pravilu osnivaju vlasnici velikih površina građevinskog zemljišta. To su kod nas uglavnom općine i gradovi, pa i neki gospodarski subjekti, ali ne oni koji posluju radi brze dobiti koja se ostvaruje prodajom zemljišta, odnosno spekulativnim prometom zemljišta.

Osnivanjem prava građenja gradovi i općine snizuju troškove izgradnje obiteljskih stambenih zgrada kao i troškove gradnje socijalnih stanova. Tako se potiče stambena izgradnja te izgradnja poslovnih prostorija, osobito onih koje su namijenjene za neprofitabilne djelatnosti. Osnivajući pravo građenja, vlasnici zemljišta, dakle postižu pozitivne socijalne učinke.

3.1.3. Gospodarska funkcija prava građenja

Vlasnici zemljišta, posebno općine i gradovi, redovito ne raspolažu potrebnim novčanim sredstvima za izgradnju stambenih zgrada (stanova) za socijalno ugrožene građane, pa i drugih neprofitabilnih zgrada, ali osnivajući pravo građenja potiču takvu izgradnju novčanim sredstvima drugih osoba, bilo radi zadovoljavanja vlastitih potreba (izgradnjom vlastitih poslovnih zgrada i socijalnih stanova, koji se

36 Čl. 6. Zakona o građevinskom zemljištu, Sl. novine FBiH 25/03 i 67/05.

37 Čl. 7. Zakona o građevinskom zemljištu, Sl. glasnik RS 112/06.

38 Čl. 128. st. 1. Ustava Republike Hrvatske.

39 Nositelj prava građenja dužan je vlasniku zemljišta plaćati mjesečnu naknadu za zemljište u iznosu prosječne zakupnine za takvo zemljište, ako nije što drugo određeno (čl. 281. st. 2. ZV).

40 Simonetti, P., Hipoteka na pravu građenja, Privreda i pravo (Zargeb), br. 5-6, 1993.; isti, Pravo građenja kao predmet hipoteke, Informator, br. 4093. (1993.).

iznajmljuju po limitiranim najamninama), ili za tržište (izgradnja zgrada i dijelova zgrada koji se prodaju po tržišnim cijenama).

Budući da zadržavaju pravo vlasništva na zemljištu, vlasnici zemljišta koji osnivaju pravo građenja ubiru, doduše malu, ali stalnu i relativno sigurnu naknadu u mjesečnim iznosima prosječne zakupnine za takvo zemljište kada nije što drugo određeno (čl. 281. st. 2. ZV, odnosno čl. 287. st. 2. ZSP RS, kao i čl. 301. st. 2. Nacrta ZSP FBiH). Po prestanku prava građenja vlasnik zemljišta postaje vlasnikom zgrade, po načelu *superficies solo cedit*, koju mu je dužan predati u posjed posljednji nositelj prava građenja i to u ispravnom stanju, jer se na njihove odnose na odgovarajući način primjenjuju pravila po kojima se prosuđuju odnosi nakon prestanka prava plodouživanja, ako nije što posebno određeno (čl. 295. st. 2. ZV). Pri tomu je vlasnik zemljišta dužan platiti naknadu za zgradu koliko je njegova nekretnina vrjednija s tom zgradom, nego bez nje (čl. 295. st. 3. ZV). Tako i ZSP RS (čl. 300. st. 2. i 3.), odnosno čl. 314. st. 2. i 3. Nacrta ZSP FBiH. S time stekao pravo raspolaganja svojom nekretninom: zemljištem sa zgradom, pravo otuđiti ju, opteretiti ili ustupiti u zakup, odnosno najam po tržišnim cijenama, ili ponovo osnovati pravo građenja otuđenjem zgrade zadržavajući pravo vlasništva na zemljištu; ako ne odredi što drugo (npr. u pogledu “socijalnih stanova” koje grade osobe koje ne posluju po načelima profita).

Na taj se način uspostavlja i održava kruženje gradske rente, inkorporiranog kapitala u gradsko zemljište, što omogućava održavanje, modernizaciju, obogaćivanje i proširivanje gradske infrastrukture, gradnju socijalnih stanova i sl.

4. SADRŽAJ PRAVA GRAĐENJA

Nasuprot pravu vlasništva, pa i stvarnim služnostima čiji je sadržaj uglavnom određen zakonom, sadržaj prava građenja je zakonski i ugovorni.⁴¹

Po pravilu, zakonski sadržaj je esencijalan, ne može se izmijeniti ugovorom, odnosno aktom o osnivanju i preinaci prava građenja, ako nije drukčije određeno dispozitivnom normom. Ugovorni sadržaj prava građenja pretežno je akcidentalan, a u manjem opsegu uređen je dispozitivnim pravilima.

4.1. Zakonski sadržaj

Samo esencijalni sadržaj prava građenja određen je prisilnim (kogentnim) propisima u skladu s njegovom svrhom, pa ne može ovisiti od volje strana u pravnom odnosu. Tako npr. hrvatski ZV (kao i austrijski Zakon) propisuje da nositelj prava građenja glede zemljišta koje je opterećeno pravom građenja «ima ovlasti i dužnost plodoužitelja; svaka tome suprotna odredba je ništava» (čl. 281. st. 1.). Pravo građenja se ne može odvojiti, a od zemljišta (čl. 283.), kao ni zgrada

41 Vidi: Oefele/Winkler, op. cit., glava II. (zakonski sadržaj i zakonsko pravno djelovanje).

od prava građenja (čl. 285. st. 3.).⁴² Ovo su kogentna pravila od kojih se ni pod kojim uvjetom ne može odstupiti pravnim poslom. Nasuprot tomu, pravilo o obvezi plaćanja mjesečne naknade za zemljište u visini prosječne zakupnine za takvo zemljište⁴³ ima dispozitivan karakter, ali ne ako je opterećeno zemljište u vlasništvu jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave ili u državnom vlasništvu (u entitetima BiH) jer se u tom slučaju ne može ugovoriti niža naknada za pravo građenja od tržišne cijene, osim ako je zakonom propisana iznimka.⁴⁴ Izvan tog ograničenja, u granicama autonomije volje, stranke ugovorom uređuju svoja prava i obveze suglasno svojim interesima.

Figurativno, sadržaj prava građenja možemo obilježiti dvjema koncentričnim kružnicama. U onu s manjim promjerom ulazi nepromjenjivi esencijalni sadržaj prava građenja, koji je određen kogentnim propisima. U prostoru koji se nalazi između manje i veće kružnice nalazi se ugovorni, tj. varijabilni sadržaj prava građenja određen voljom osnivača i stjecatelja, odnosno vlasnika zemljišta i nositelja prava građenja (*naturalia, accidentalia negotii*).

4.2. Ugovorni sadržaj

Širokom slobodom ugovaranja, ugovorom se omogućava značajniji utjecaj vlasnika zemljišta na formiranje sadržaja prava građenja, jer je on u pravilu ekonomski jača strana. Taj utjecaj, međutim, ne može ići toliko daleko da ugrozi socijalnu svrhu prava građenja, a upravo pomoću esencijalnog sadržaja štiti se, u značajnoj mjeri, kao što ćemo kasnije vidjeti, ekonomski slabija strana. Ako bi zbog premoćnog utjecaja vlasnika zemljišta bila toliko sužena ovlaštenja nositelja prava građenja ili ako bi mu bile nametnute takve obveze da bi uslijed toga bio doveden u neravnopravan položaj, zbog čega bi bila ugrožena i svrha prava građenja, ugovor bi bio apsolutno ništetan. Prema tomu ugovorni sadržaj mora odražavati socijalni cilj prava građenja, ili barem ne smije biti u kontradikciji s tim ciljem koji se po imperativnom propisu ostvaruje ugovorom o osnivanju prava građenja. Budući da pravo građenja u pravilu osnivaju gradovi, odnosno gradske općine i da je ugovorni sadržaj uglavnom utvrđen tipskim ugovorom,⁴⁵ rijetko će se dogoditi da zbog neznanja ili drugih razloga nenamjerno dođe u sukob s kogentnim propisima.

Razumije se da ugovorni sadržaj prava građenja stječe stvarnopravnu prirodu s uknjižbom u zemljišnu knjigu, jer se i pravo građenja stječe uknjižbom u zemljišnu knjigu, i time postaje integralni dio zakonskog sadržaja prava građenja. One odredbe ugovornog sadržaja koje nisu upisane u zemljišnu knjigu, kao sadržaj

42 Tako i čl. 287. st. 1., 289. i 291. st. 3. ZSP RS, odnosno čl. 301. st. 1., 303. i 305. st. 1. Nacrta ZSP FBiH.

43 Čl. 281. st. 1. ZV-a, odnosno čl. 287. st. 2. ZSP RS, kao i čl. 301. st. 2. Nacrta ZSP FBiH.

44 Čl. 391. ZV-a, odnosno čl. 348. st. 1. ZSP RS kao i čl. 365. st. 1. Nacrta ZSP FBiH.

45 Vidi: Ripfel/Schütze, *Erbbaupertrag*, 3. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1993., (Heidelberg Musterverträge).

prava građenja, zadržavaju svoju obvezno-pravnu prirodu, djelujući između strana ugovornica, bez utjecaja prema trećima.

Njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja vrlo iscrpno određuje koji se pravni odnosi mogu urediti ugovorom. Ali te odredbe uglavnom nemaju supsidijarni karakter, tako da bi važile ako sudionici drukčije ne odrede, već one samo predviđaju mogući ugovorni sadržaj nasljednog prava građenja (*accidentalia negotii*). Tako npr. ako stranke nisu ugovorile obavezu podizanja zgrade u određenom roku (§ 2. t. 1.) ta obveza ne postoji po Uredbi jer ju ne određuje ni dispozitivna norma, ali ju je moguće ugovoriti.

Sadržaj prava građenja u granicama slobode ugovaranja određuje se ugovorom o osnivanju prava građenja, kao i ugovorom o njegovoj preinaci. Budući da pravo građenja može osnovati za sebe i sam vlasnik zemljišta, jer on može biti nositelj prava građenja na svojem zemljištu njegov se sadržaj određuje jednostranim pravnim poslom o osnivanju toga prava upisom u zemljišnu knjigu kao i jednostranim pravnim poslom o njegovoj preinaci. Bilo da se sadržaj prava građenja u granicama autonomije volje određuje ugovorom ili jednostranim pravnim poslom da bi tako utvrđeni sadržaj postao sastavni dio prava građenja, nužno je da se upiše u zemljišne knjige.

Općenito, u njemačkom pravu više se ističe slučajni (akcidentalni) nego dispozitivni sadržaj prava građenja, jer je šira primjena akcidentalnih sastojaka pravnog posla o osnivanju i preinaci prava građenja.⁴⁶

Općenito, slučajni (akcidentalni) sastojci pravnog posla, za razliku od prirodnih (dispozitivnih) sastojaka, ne supstituiraju dispozitivna pravna pravila. Oni postoje samo ako su ugovoreni, pa i onda kada su navedeni u zakonu, odnosno Uredbi jer takvo navođenje mogućih slučajnih sastojaka pravnog posla i nema drugu svrhu nego da osnivaču i stjecatelju nasljednog prava građenja predoči moguće modifikacije sadržaja pravnog posla ili određenog tipa pravnog posla o osnivanju prava građenja. Tako njemačka Uredba o nasljednom pravu građenja⁴⁷ kao moguće dopune ili modifikacije sadržaja nasljednog prava građenja, primjera radi, predviđa sljedeće akcidentalne sastojke pravnog posla o osnivanju nasljednog prava građenja: obvezu podizanja, održavanja i načina uporabe zgrade; obvezu osiguranja zgrade od požara i drugih rizika i obvezu ponovnog građenja u slučaju razaranja zgrade; obvezu snošenja javnih dažbina i trpljenja određenih privatnopravnih opterećenja; obvezu ovlaštenika da, u slučaju nastupanja određenih pretpostavki (pravnih činjenica) prenese zgradu u vlasništvo vlasnika zemljišta (nazadkupnja); obvezu ovlaštenika da sukcesivno plaća odgovarajuću naknadu za korištenje zemljišta; obvezu vlasnika zemljišta da ovlašteniku ponudi produžetak nasljednog prava građenja i prvenstveno pravo obnavljanja, odnosno ponovnog osnivanja nasljednog prava građenja (§ 2.). Može se ugovoriti i to da ovlaštenik ne smije otuđiti, niti opteretiti nasljedno pravo građenja sa zgradom, odnosno povećati opterećenje, bez suglasnosti vlasnika zemljišta (§ 5.).

46 Vidi: Ripfel/Schütze, op. cit., 1993.

47 Od 15. siječnja 1919. Erbbaurechtordnung.

Obveza građenja, pod građanskopravnom sankcijom nazadkupnje, obično sadrži ne samo dužnost izgradnje zgrade u određenom roku, nego i izgradnju zgrade određenih dimenzija (gabarita), odgovarajućeg arhitektonskog izgleda itd. Ugovorom se može ograničiti pravo nadogradnje, dogradnje ili pregradnje postojeće zgrade (koja je nakon izgradnje odvojena od zemljišta). Održavanje zgrade u ispravnom stanju se isto tako može ugovoriti. Ova obveza je u interesu ne samo vlasnika zemljišta, koji po prestanku nasljednog prava građenja stječe pravo vlasništva zgrade uz relativno malu naknadu (naročito u slučaju prestanka uslijed proteka vremena), nego i u interesu nositelja za vrijeme trajanja i prestanka prava građenja ako se ugovori kao sadržaj prava građenja da visina naknade ovisi o tržišnoj vrijednosti zgrade u trenutku prestanka prava građenja.

Način uporabe zgrade prema određenoj namjeni po pravilu proizlazi iz svrhe osnivanja nasljednog prava građenja, a ono se često osniva radi poticanja stambene izgradnje, odnosno radi zadovoljavanja stambenih potreba socijalno ugroženih slojeva stanovništva. Tako se npr. može unaprijed ograničiti visina stanarine (u novoizgrađenoj zgradi) ili utvrditi obveza da se pri iznajmljivanju zgrade, odnosno posebnog dijela zgrade (stana), izgrađene na pravu građenja ili njime odvojene od zemljišta, daje prednost socijalno ugroženima, obiteljima s više djece, mladim bračnim parovima, invalidima, zbrinjavanja bračnog druga ili djece poginulih boraca itd.

Neke klauzule o osnivanju prava građenja u Njemačkoj tipizirale su se kao običajno pravo. Tako npr. "drezdenski ugovor" limitira stanarinu do visine stope amortizacije i kamate na uloženi kapital uvećan za troškove održavanja zgrade (socijalna zaštita stanara od pohlepnih vlasnika zgrada).⁴⁸

Ugovorom o osiguranju zgrade od opasnosti požara i drugih rizika štiti se interes vlasnika zemljišta i ovlaštenika stvarnih prava na pravu građenja, posebno hipotekarnog vjerovnika, koji u slučaju propasti zgrade od osiguranog rizika stječe založno pravo na tražbinu osiguranika - vlasnika uništene (oštećene) zgrade prema osiguravajućem društvu iz osnova ugovornog osiguranja. Ovlaštenik nasljednog prava građenja može se obvezati da će u slučaju propasti zgrada, iz bilo kojeg razloga i bez njegove krivnje ili ako zgrada propadne iz razloga određenih pravnim poslom o osnivanju ili preinaci prava građenja, izgraditi novu zgradu, neovisno o svojim imovinskim mogućnostima i vlastitim interesima. U tom slučaju ova obveza tj. opterećenje na pravu građenja tereti novo izgrađenu zgradu, odnosno njenog svakodobnog vlasnika.

Građanskopravna sankcija nazadkupnje se može ugovoriti ne samo zbog kršenja obveza ovlaštenika nasljednog prava građenja (npr. u slučaju da ne izgradi zgradu u određenom roku), nego i zbog zadovoljenja nužnih stambenih potreba

⁴⁸ Ring, J., op. cit. (Erbbaurecht), str. 896. Šire o naknadi (renti) za nasljedno pravo građenja, Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 2. Aufl., Rudolf Haufe Verlag – Freiburg i. Br., 1993.

vlasnika zemljišta ili npr. u slučaju stečaja ovlaštenika prava građenja,⁴⁹ a da se pri tomu ne ugroze prava hipotekarnih vjerovnika.

Prvenstveno pravo obnavljanja nasljednog prava građenja ovlašćuje titulara da zahtijeva zaključenje ugovora o ponovnom osnivanju nasljednog prava građenja, ako vlasnik zemljišta nakon prestanka nasljednog prava građenja odluči ga ponovno osnovati u korist treće osobe (§ 2. toč. 6. i 31. Uredbe). Radi zaštite interesa ovlaštenika prava građenja ugovara se i prvenstveno pravo kupovine zemljišta na temelju jednostrane izjave volje ovlaštenika koja predstavlja anticipaciju prihvata buduće ponude. Svi ovi uglavci posredno koriste hipotekarnom vjerovniku.

Njemačka Uredba izričito propisuje kako se kao sadržaj nasljednog prava građenja može ugovoriti da ovlaštenik ne može otuđiti to svoje pravo bez suglasnosti vlasnika zemljišta (§ 5. st. 1. i 6. i § 15.). Također se može ugovoriti da ovlaštenik ne može opteretiti pravo građenja hipotekom, zemljišnim ili rentnim dugom, niti povećati postojeće terete bez suglasnosti vlasnika opterećenog zemljišta (§ 5. st. 2. i 6. i § 15.).⁵⁰

U Staudingerovom komentaru BGB-a⁵¹ izlaže se mišljenje da se prijenos nasljednog prava građenja može ograničiti na određenu socijalnu skupinu u skladu sa svrhom osnivanja toga prava, npr. u korist osoba koje su stambeno ugrožene, ako je nasljedno pravo građenja osnovano radi zadovoljavanja stambenih potreba takvih osoba, ili radi izgradnje stambene zgrade za mlade bračne parove, invalide, umirovljenike ili u korist druge socijalno ugrožene skupine (primjerice za dragovoljce u obrambenom ili domovinskom ratu, za invalide, za bračnog druga i maloljetnu djecu poginulih itd). Pravo raspolaganja može se ograničiti na određeno vrijeme, ali ne doživotno, jer bi se time pretvorilo u kvazi osobnu služnost, a njegov nositelj po imperativnom propisu je vlasnik ove nekretnine. Napokon, kao što se može ugovoriti pravo prvokupa zemljišta u korist ovlaštenika nasljednog prava građenja (§ 2. toč. 7.), moguće je također ugovoriti pravo prvokupa nasljednog prava građenja u korist vlasnika zemljišta (po njemačkom nasljednom pravu građenja kao i po austrijskom pravu građenja) sam vlasnik zemljišta može biti nositelj toga prava).⁵²

Vlasnik zemljišta bez opravdanog razloga može uskratiti svoju suglasnost za otuđenje ili opterećenje, odnosno povećanje opterećenja nasljednog prava građenja. U tom slučaju ovlaštenik se može obratiti sudu sa zahtjevom da mu odobri odgovarajuće raspolaganje, pa će sud usvojiti zahtjev ukoliko nađe da tim raspolaganjem neće biti ugrožena svrha koja se htjela postići pri osnivanju nasljednog prava građenja i da osoba koje stječe pravo građenja pruža jamstvo za uredno ispunjenje obveza koja proizlaze iz toga prava (§ 7. st. 1. Uredbe), a ne postoje drugi razlozi za uskraćivanje suglasnosti. Presuda će u tom slučaju

49 Ring, J., op. cit., str. 898.

50 Oefele/Winkler, op. cit., glava četvrta, t. IX.

51 Ring, op. cit., str. 898.

52 Ring, op. cit., str. 884-885.

namodjestiti suglasnost vlasnika zemljišta, pa se time sprječava moguća zloupotreba prava vlasništva zemljišta opterećenog pravom građenja.

Ugovorni sadržaj nasljednog prava građenja (prava i obveze sudionika toga odnosa) stječe stvarnopravnu prirodu uknjižbom u zemljišnu knjigu i time postaje integralnim dijelom zakonskog sadržaja. One odredbe ugovora koje nisu upisane u zemljišnu knjigu kao sadržaj nasljednog prava građenja, zadržavaju svoju obveznopravnu prirodu, pa te odredbe i ne čine sadržaj nasljednog prava građenja, već obveznopravnog odnosa između ugovaratelja (osnivača i stjecatelja prava građenja) i njihovih univerzalnih nasljednika, a ne tiču se trećih.

Hrvatsko i bosansko pravo dopuštaju, npr. ograničenje trajanja prava građenja rokom ili raskidnim uvjetom.⁵³ To, međutim, ne znači da se ne može dopunjavati ili ograničavati pravo građenja i drugim dodacima pravnog posla o osnivanju ili preinaci sadržaja prava građenja,⁵⁴ ako nisu suprotni kogentnim pravilima, odnosno biti i svrsi prava građenja.

Ugovorne odredbe o sadržaju prava građenja ili njegovoj preinaci obvezuju samo ugovaratelje a dvostrukim upisom u zemljišne knjige postaju sastavnim dijelom prava građenja, odnosno njemačkog nasljednog prava građenja, pa kao takve tiču se i svih trećih i prema njima djeluju.

5. SPECIFIČNA OBILJEŽJA PRAVA GRAĐENJA

Njemačko nasljedno pravo građenja (Erbaurecht) i austrijsko pravo građenja (Baurecht) već su po zakonskoj definiciji stvarna prava na nečijem zemljištu (§ 1. st. 1. Uredbe i § 1. st. 1. Zakona), a kako tu značajku očituje i samo biće prava građenja, u njemačkoj i austrijskoj pravnoj znanosti ne raspravlja se o naravi toga prava. U pravnoj znanosti tih zemalja posvećuje se, međutim, osobita pozornost specifičnoj pravnoj naravi prava građenja ili bolje reći specifičnim obilježjima toga prava.⁵⁵ Na ta obilježja osvrnut ćemo se u nastavku.

5.1. “Otjelovljeno” samostalno pravo – samostalna nekretnina

Osobitost njemačkog i austrijskog prava građenja ogleda se u tomu što je ono istodobno stvarno pravo na nečijem zemljištu i posve samostalno “otjelovljeno” pravo koje je, po analogiji, uz manje iznimke, podvrgnuto pod isti pravni režim kao i pravo vlasništva na zemljište (§ 11. st. 1. Uredbe)⁵⁶ ili, kako određuje austrijski Zakon, na pravo građenja se odnose propisi koji vrijede za zgradu (§ 6. st. 3) koja je

53 Čl. 293. ZV, odnosno čl. 298. st. 1. ZSP RS kao i čl. 312. st. 1. Nacrta ZSP FBiH.

54 Čl. 282. ZV, odnosno 288. ZSP RS kao i 302. Nacrta ZSP FBiH.

55 Ring, op. cit., str. 865., 875., 876., 879., 927-929. i 935.; Baur, F., Lehrbuch des Sachenrechts, München und Berlin, 1963., str. 213. točka 10. i str. 246.; Ehrenzweig, A., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Wien, 1923., str. 412-413.; Mayr, R., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, erster Band, Reichenburg 1923., str. 315.

56 Oefele/Winkler, op. cit., str. 47.

pripadnost toga prava i kao takva objekt prava vlasništva nositelja prava građenja. Zbog toga se pravo građenja po samom zakonu smatra nekretninom (§ 6. st. 1. Zakona). Iako po prirodi nije stvar, pravo građenja jest, kako se slikovito izražavaju njemački pravници, zemljište u pravnom smislu.⁵⁷ Prema tomu njemačko i austrijsko pravo građenja istovremeno je ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu i nekretninama u pravnom smislu. Zbog svoga dvostrukog svojstva pravo građenja se upisuje u opću zemljišnu knjigu kao opterećenje zemljišta - stvarno pravo na nečijem zemljištu, a u zemljišnu knjigu prava građenja kao samostalna nekretnina (§ 14. Uredbe). Po austrijskom Zakonu ono se upisuje kao samostalna nekretnina u posebnom zemljišnoj knjižnoj ulošku iste zemljišne knjige, koji se otvara za tu svrhu (§ 5. st. 2.) uz postojeći uložak u kome je upisano zemljište koje se njime opterećuje.

Otjelovljenje prava građenja, kao samostalne nepokretne stvari, i njegovo izdvajanje u posebnu zemljišnu knjigu nasljednog prava građenja, odnosno novoootvoreni zemljišnoknjižni uložak u austrijskom pravu, kao "pravno zemljište" pruža mogućnost njegovu titularu da ga samostalno opterećuje u istoj mjeri u kojoj vlasnik može opterećivati svoje zemljište koje nije opterećeno pravom građenja. Tijekom građenja hipoteka na pravu izgradnje proteže se na građevinu koja je pripadnost prava građenja (bitni sastavni dio po njemačkom pravu) od kamena temeljca do potpune izgradnje i nakon toga do prestanka prava građenja.

Kao što se pravo građenja u opću zemljišnu knjigu upisuje kao opterećenje na nečijem zemljištu, tako se u posebnu zemljišnu knjigu, odnosno novoootvoreni zemljišnoknjižni uložak, gdje je pravo građenja upisano kao samostalna nekretnina (u pravnom smislu) upisuju sva prava koja ga opterećuju: hipoteka, zemljišni dug, pravo služnosti, realni tereti, pravo prvokupa, pravo nazadkupnje i sl.

Po hrvatskom pravu, pravo građenja se upisuje u zemljišnu knjigu kao teret zemljišta, uz naznaku novoosnovanog zemljišnoknjižnog uloška u koji je upisano kao samostalna nekretnina (u A listu) u koji se upisuju i prava u korist svakodobnog nositelja prava građenja), a taj zemljišnoknjižni uložak (novoosnovani) se upisuje uz naznaku zemljišnoknjižnog uloška u kome je upisano njime opterećeno zemljište. U vlastovnici novoosnovanog zemljišnoknjižnog uloška (B list) upisuje se nositelj prava građenja, a u teretovnicu (C list) prava na pravu građenja. Zgrada, nakon što bude izgrađena upisat će se kao da je izgrađena na pravu građenja (čl. 34. st. 1. i 2. ZZK).⁵⁸ Slično tomu i ZSP RS (čl. 294. st. 1.) kao i čl. 308. st. 1. Nacrta ZSP FBiH.⁵⁹

Prema tomu, pravo građenja ima svoj dvostruki život. S jedne se strane očituje (objavljuje) pomoću opće zemljišne knjige, kao ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu, a s druge, pomoću posebne zemljišne knjige (njemačko pravo), odnosno postojećeg zemljišnoknjižnog uloška (austrijsko pravo), odnosno novoootvorenog zemljišnoknjižnog uloška, kao samostalno "otjelovljeno" pravo,

57 Ring, J., op. cit., str. 876., 879., 927. itd.

58 Zakon o zemljišnim knjigama, NN 9/91, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08., vidi čl. 288. ZV-a.

59 Šire o tomu Simonetti, P., Osnivanje prava građenja, op. cit.

kao “pravno zemljište”,⁶⁰ odnosno kao samostalna nekretnina. Dvostruki upis u zemljišnu knjigu nema samo značaj publiciteta nego u prvom redu ima konstitutivni učinak. Ono tek nastaje, mijenja se (preinakom) i prenosi dvostrukim upisom na temelju pravnog posla, odluke nadležnog tijela, po pravilu sudske kojom se utvrđuje zakonski ili ugovorni sadržaj prestanka.

5.1.1. Samostalna nekretnina koju sačinjava pravo građenja i zgrada

Kao što je zgrada izgrađena na pravu građenja njegov priraštaj (bitni sastavni dio), tako je i prethodno izgrađena zgrada koja je naknadno osnovanim pravom građenja odvojena od zemljišta, njegov priraštaj (bitni sastavni dio). U oba slučaja pravo građenja i zgrada čine neraskidivo pravno jedinstvo – samostalnu nekretninu koja je istovremeno objekat prava vlasništva nositelja prava građenja. Pravo građenja na neizgrađenom zemljištu također se smatra nekretninom, u užem smislu, pa ga i takvog označava nekretninom hrvatski ZV (čl. 280. st. 2.), odnosno čl. 286. st. 2. ZSP RS, kao i radni Nacrt FBiH (čl. 300. st. 2.).

5.2. Razlike u odnosu na zemljišno vlasništvo

Propisujući analognu primjenu propisa o pravu vlasništva na zemljište, za nasljedno pravo građenja, njemačka Uredba (§ 11. st. 1.) izričito isključuje samo tri paragrafa BGB-a koji se odnose na zemljište, a proizlaze iz njegove dvostruke pravne prirode i svrhe, i to:

- § 925. uređuje prijenos prava vlasništva na zemljište. Pravo vlasništva na zemljište i postojeću zgradu može se razdvojiti na temelju pravnog posla, točnije upisom u zemljišnu knjigu, osnivajući pravo građenja, uz zadržavanje prava vlasništva na zemljište, ali se pravo građenja ne može razdvojiti od prava vlasništva na zgradu tako da jedna osoba bude vlasnik zemljišta, druga zgrade, a treća nositelj prava građenja. Ne postoji pravo koje bi moglo odvojiti zgradu od prava građenja kao što pravo građenja odvaja zgradu od zemljišta; upravo zbog toga i za prijenos prava građenja traži se dvostruki upis u zemljišnu knjigu.

- § 927. uređuje stjecanje prava vlasništva restriktivno protekom vremena – dosjelošću (održajem), jer se na toj osnovi ne može steći nasljedno pravo građenja (time, međutim, nije isključena tabularna dosjelošlost);

- § 928. po kojem se vlasnik zemljišta može odreći svoga prava vlasništva bez ograničenja, a nasljedno pravo građenja ne može prestati odricanjem bez suglasnosti vlasnika opterećenog zemljišta i ovlaštenika prava koje opterećuju ili ograničavaju pravo građenja kao drugo zemljište u pravnom pogledu.

⁶⁰ Ehrenzweig, A., op. cit., str. 413.; Ring, J., op. cit., str. 928.

5.2.1. Pravna veza između zgrade i prava građenja

Prema općem shvaćanju po njemačkoj Uredbi zgrada je bitni sastavni dio nasljednog prava građenja. Svojevremeno su se austrijski pravници prepirali oko toga ima li izraz *Zubehör*, u § 6. stavku 1. austrijskog Zakona o pravu građenja šire značenje “pripadnost” koje obuhvaća termin *Zuwachs* (priraštaj) ili uže koje označava samo pripadak (pertinenciju). Pristaše uskog tumačenja riječi *Zubehör* smatraju da je zgrada samostalna pokretna stvar koja služi uporabi glavne stvari - pravu građenja kao njegov pripadak (pertinencija).⁶¹

Ova teza se ne da, međutim, logički obraniti jer se bitno ovlaštenje prava građenja, izgradnja zgrade, ostvaruje bez zgrade. Upravo je zgrada pravno odvojena od zemljišta rezultat vršenja postojećeg prava građenja. Dakle, bitno ovlaštenje prava građenja na neizgrađenom zemljištu vrši se bez “pripatka” (zgrade), a njegovim vršenjem – građenjem, nastaje zgrada koju pravo građenja odvaja od zemljišta, a k sebi privlači od „kamena temeljca“ kao da je ono zemljište.

Hipoteka se s glavne stvari širi i na pripadak (§ 457. OGZ-a), ali pripatka nema do završetka izgradnje pa do toga dana hipoteka na pravu građenja ne širi se na zgradu- pripadak (pertinenciju). Osim toga ako je zgrada pripadak prava građenja, a ne priraštaj, tada jedna osoba može biti vlasnik zgrade, a druga nositelj prava građenja što nije u skladu sa svrhom i prirodom prava građenja (*supra*).⁶² Praktična posljedica teze da je zgrada samo pripadak, a ne priraštaj prava građenja, bila bi vrlo nepovoljna za nositelja prava građenja onda kad treći izgradi zgradu na zemljištu opterećenome pravom građenja, jer bi tada vlasnik zemljišta stekao pravo vlasništva na zgradu (*superficies solo cedit*) ili graditelj na zemljište i zgradu (§ 418. OGZ-a), što je inverzija od načela *superficies solo cedit*, dok bi nositelj prava građenja imao pravo samo na obeštećenje.⁶³

Hoće li se, naime, provesti koncepcija ustanove prava građenja do krajnjih posljedica, a čini se da je to neizbježno zbog pravne sigurnosti u pravnom prometu i hipotekarnog zalaganja, tada pravo građenja dolazi “na mjesto zemljišta”, ono je, “drugo zemljište”, a zgrada njegov priraštaj (bitni sastavni dio). Time se stvara pravna konstrukcija prema kojoj je materijalni entitet (zgrada) priraštaj, odnosno pripadnost u širem smislu nematerijalnoga entiteta (prava). Zato se fingira da je pravo građenja nekretnina u pravnom smislu, odnosno drugo zemljište.

Zgrada na pravu građenja ili njime odvojena od zemljišta neraskidivo je povezana s pravom građenja i po hrvatskom pravu, kao i po pravu entiteta BIH i Brčko Distrikta. Ne može postojati niti jedna zakonska pretpostavka za pravno odvajanje zgrade kao cjeline nekretnine koja se sastoji od prava građenja i zgrade, jer nema prava koje bi moglo odvojiti zgradu od prava građenja, kao što pravo građenja odvaja zgradu od zemljišta. Zato se zgrada bez iznimke prenosi, nasljeđuje i opterećuje s pravom građenja kao jedinstvena nekretnina (čl. 285. st. 3. ZV-a).

61 Obuljen, *Pravo građenja*, Mjesečnik, 1912., str. 428.

62 Ehrenzweig, A., op. cit., str. 411.

63 Simonetti, P., *Pravo građenja*, str. 55-56.

Tako i čl. 291. st. 3. ZSP-a RS, odnosno čl. 305. st. 3. Nacrta FBiH. S druge strane pravo građenja se ne može pravno odvojiti od njime opterećenog zemljišta, «pa tko na bilo kojem pravnom temelju stekne vlasništvo opterećenog zemljišta, stekao ga je opterećenog pravom građenja, ako zakonom nije drukčije određeno» (čl. 283. ZV-a). Tako i čl. 289. ZSP RS, odnosno čl. 303. radnog Nacrta FBiH. Zemljište opterećeno pravom građenja može se otuđiti bez prava građenja, ali u tom slučaju prestaje pravo građenja, a to nije moguće bez izričitog odricanja njegovog nositelja danog u obliku tabularne isprave na temelju koje se to pravo briše u zemljišnoj knjizi (čl. 292. ZV-a), kao i čl. 298. ZSP RS, odnosno 7.1. talijansko superficijarno pravo opterećeno hipotekom čl. 312. Nacrta FBiH.

5.2.2. *Dosjelost (održaj) prava građenja po hrvatskom i bosanskom pravu*

Ni hrvatsko pravo, kao ni pravo entiteta BiH, i BD BiH, ne propisuje pretpostavke za stjecanje prava građenja dosjelošću (održajem), kao što ih propisuje za pravo vlasništva i pravo stvarne služnosti, ali za razliku od njemačkog prava⁶⁴ ne isključuje izričito primjenu ove pravne ustanove za stjecanje prava građenja. Budući da je pravo građenja po zakonu izjednačeno sa samostalnom nekretninom, postavlja se pitanje analogne primjene ustanove dosjelogosti kao načina izvornog stjecanja prava vlasništva na nekretninama. Pri razmatranju mogućnosti stjecanja prava građenja po hrvatskom i bosanskom pravu nameće se razlikovanje prava građenja na neizgrađenom zemljištu i prava građenja na izgrađenom zemljištu tj. nekretnine koja se sastoji od prava građenja– dosjelost prava građenja sa zgradom koja je njegov bitni sastavni dio.

5.2.2.1. *Dosjelost prava građenja na neizgrađenom zemljištu*

Bitna pretpostavka za dosjelost je posjed (državina), a posjed prava građenja ima ona osoba koja vrši njegovu sadržinu (slično kao i posjed prava stvarne služnosti). Dosjelost prava građenja na neizgrađenom zemljištu postoji ako se vrši njegova sadržina građenjem, ali građenjem na tuđem zemljištu bez pravne osnove nastaju druge pravne posljedice koje uređuje posebna pravna ustanova (čl. 152.-157. ZV-a, odnosno čl. 59.-63. ZSP RS kao i čl. 59. – 63. Nacrta FBiH).⁶⁵ S druge strane, posjednik prava građenja nema *animus domini* koji je pretpostavka za stjecanje prava vlasništva dosjelošću, već je u njegovoj svijesti da mu pripada pravo građenja a ne pravo vlasništva koje je predmet opterećenja pravom građenja. Kako se pravo građenja na temelju pravnog posla stječe uknjižbom u zemljišnu knjigu⁶⁶, nije nositelj toga prava ona osoba koja ima pravni naslov (*iustus titulus*)

64 § 11. st. 1. Uredbe sa zakonskom snagom isključuje ustanovu dosjelogosti za nasljedno pravo građenja §927 BGB-a.

65 Iscrpno o pravnim posljedicama građenja na tuđem zemljištu sa stanovišta jugoslovenskog prava, Simonetti, P., Građenje na tuđem zemljištu, Svjetlost, Sarajevo, 1982.

66 Šire o tome, Simonetti, P., Osnivanje prava građenja, ZPFR, vol. 20., br. 2. 1999., Način osnivanja prava građenja, str. 574. – 586.

za stjecanje prava građenja, već ta osoba može samo zahtijevati osnivanje prava građenja uknjižbom u zemljišnu knjigu na temelju propisane tabularne isprave. Ona je samo zakoniti posjednik ako gradi na zemljištu na kome ima pravo tražiti osnivanje prava građenja dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu. Takva osoba po pravilu nema građevinsku dozvolu jer se ta dozvola ne daje na temelju ugovora o osnivanju prava građenja, već se u postupku izdavanja građevinske dozvole traži dokaz o njegovom postojanju izvodom iz zemljišne knjige. Zgrada izgrađena bez građevinske dozvole do legalizacije ili uklanjanja ima privremeni karakter, bez obzira što je po namjeni i namjeri graditelja trajna, pa je stoga po samom zakonu pravno odvojena od zemljišta (samo su trajne zgrade pravno sastavni dio zemljišta, odnosno prava građenja). S druge strane, samo nositelj prava građenja koji je upisan u zemljišnu knjigu može tražiti legalizaciju bespravne izgradnje. Kad nema prava građenja ovlaštenik zahtjeva za legalizaciju vlasnik je zemljišta koji može opteretiti zemljište pravom građenja na temelju pravnog posla upisom u zemljišnu knjigu u korist graditelja.

5.2.2.2. *Dosjelost prava građenja sa zgradom*

Pravo građenja sa zgradom sačinjava neraskidivi pravni monolit. Zato tko stekne pravo građenja stekao je pravo vlasništva na zgradu koja je tim pravom odvojena od zemljišta bez obzira je li izgrađena na temelju prava građenja ili je njime postojeća zgrada odvojena od zemljišta. Za stjecanje prava građenja sa zgradom nužan je *animus possidendi* tj. svijest poštenog (savjesnog) posjednika da mu pripada pravo građenja, a ne pravo vlasništva na zemljištu. Posjednik očituje (manifestira) takav posjed ako svojim ponašanjem pokazuje da je u posjedu prava građenja npr. time što vlasniku «opterećenog» zemljišta plaća periodičnu naknadu kao da je on nositelj prava građenja ili što vlasniku «opterećenog» zemljišta dopušta da vrši svoje pravo vlasništva u mjeri koja ne ugrožava posjed prava građenja, npr. ne osporava vlasnika da osnuje podzemno pravo građenja ili da sam koristi podzemlje na način da time ne ometa ili ugrožava posjed prava građenja na površini zemljišta, ali mu osporava sve zahvate koji vrijeđaju ili ugrožavaju posjed prava građenja.

5.2.3. *Odricanje prava građenja*

Nositelj prava građenja - ne može se jednostavno odreći svojega prava, ako bi time ugrozio opstanak prava koja ga terete. Odricanjem prava vlasništva na zemljištu ne gase se prava koja terete zemljište, a odricanje prava građenja bilo bi nemoguće bez gašenja prava koja ga terete, jer bi ta neugašena prava prešla na zemljište, pa time opteretila vlasnika zemljišta bez njegove suglasnosti, što je pravno nemoguće.

5.2.4. Obujam prava vlasništva na zemljište i prava građenja

Pravo vlasništva na zemljištu proteže se do one visine i dubine do koje vlasnik ima pravni interes isključiti tuđe zahvate. Nasuprot tomu obujam objekta prava građenja je onaj sloj zemljišta koji po zakonskim pretpostavkama jamči stabilnost izgrađene zgrade ili koja se može izgraditi na temelju prava građenja uz odobrenje za građenje (građevinsku dozvolu). U načelu pravo vlasništva na zemljištu se proteže ispod toga sloja, pa je stoga moguće osnovati podzemno pravo građenja uz istovremeno postojanje prava građenja na površini zemljišta.

U njemačkoj pravnoj znanosti prevladava stajalište da se na nasljedno pravo građenja ne može analogno primijeniti ni § 905. BGB-a koji nije izrijekom isključen Uredbom. On propisuje da se pravo vlasništva proteže na prostor ispod i iznad površine zemljišta, jer objekt prava građenja u načelu ima manji obujam nego objekt prava vlasništva.⁶⁷ Lako je moguće zamisliti da jedna osoba ima pravo građenja na površini zemljišta, a druga ispod površine. Uostalom pravo građenja se osniva na površini ili ispod površine zemljišta. Može se osnovati pravo građenja na površini i ispod površine zemljišta i u korist iste osobe pa čak i u korist samog vlasnika zemljišta. Isključeno je, međutim, da jedna osoba bude vlasnikom površine zemljišta, a druga podzemlja, jer se pravo vlasništva na zemljište ne može horizontalno dijeliti (kod nekretnina iznimka su zgrade u etažnom vlasništvu).

6. PRAVO SLUŽNOSTI STEČENO GRAĐENJEM (PREKORAČENJEM MEĐE)

Ako nositelj prava građenja izgradnjom zgrade prekorači među susjednog zemljišta, analogno se primjenjuju opći propisi iz §§ 912-916. BGB-a o prekoračenju međe građenjem. Dakle, savjesni graditelj, nositelj nasljednog prava građenja, u tom slučaju, pod općim pretpostavkama stječe pravo služnosti na zauzetom dijelu susjednog zemljišta, ako se vlasnik nije odmah usprotivio građenju, uz obvezu da ovome plaća odgovarajuću obročnu naknadu.⁶⁸ Ta obveza tereti nasljedno pravo građenja, pa, dakle, njegova svakodobnog nositelja. Pravo služnosti razdvaja dio zgrade od susjednog zemljišta na koje se naslanja, a zgrada u cjelini sastavni je dio prava građenja (vodoravan prirastaj, horizontalna akcesija)⁶⁹ na kome je izgrađen pretežni dio zgrade.

Pod istim pretpostavkama graditelj (vlasnik zemljišta ili nositelj prava građenja) stječe pravo služnosti prekoračenjem međe i ako je susjedno zemljište opterećeno pravom građenja. U tom slučaju dio zgrade koji se naslanja na tuđe pravo građenja (faktički na susjedno zemljište) pravom služnosti pravno je odvojen

⁶⁷ Ring, J., Im Staudingers Kommentar BGB, op. cit., str. 927. i tamo citirana literatura.

⁶⁸ Više u radu: Simonetti, P., Prekoračenje granice građenjem, Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru, br. II-III, 1980-1981. i tamo citirana literatura; isti: u monografiji Građenje na tuđem zemljištu, Svjetlost, Sarajevo, 1982., str. 189-208.

⁶⁹ Oefele/Winkler, op. cit., treća glava (str. 107-109., VI. Überbau).

od prava građenja. Pravo služnosti, koje odvaja dio zgrade od susjednog zemljišta, odnosno od prava građenja kojim je susjedno zemljište opterećeno ne spaja se s tim dijelom zgrade kao što se zgrada spaja s pravom građenja, a prestaje kad se ukloni taj dio zgrade. Ovo zbog toga što više nema povlasnog dobra – onog dijela zgrade koji se naslanja na susjedno zemljište, odnosno na pravo građenja kojim je opterećeno susjedno zemljište. Prema tomu, pravo služnosti ne odvaja ni dio zgrade koja se pravno naslanja na pravo građenja koje opterećuje susjedno zemljište na način kako pravo građenja odvaja od zemljišta cijelu zgradu. Ovo zbog toga što je pravo služnosti ograničeno stvarno pravo svakodobnog vlasnika povlasne nekretnine na njome opterećnoj poslužnoj nekretnini, a ne samostalna nekretnina u pravnom pogledu kao što je pravo građenja. Konstituiranje prava služnosti na susjednom zemljištu koje odvaja dio zgrade od zemljišta, odnosno od prava građenja kad je susjedno zemljište njime opterećeno, izbjegava se stjecanje prava suvlasništva po načelu *superficies solo cedit*, ako nije što drugo određeno zakonom.

Po hrvatskom pravu, ako se građenjem prekorači međa vlasnik zahvaćenog susjednog zemljišta ima pravo «zahtijevati uspostavu prijašnjeg stanja» (čl. 155. st. 1.). Dok se potpuno ne uspostavi prijašnje stanje «uzima se da je vlasniku zgrade do opoziva dana stvarna služnost imati dio svoje zgrade na susjednom zemljištu» (čl. 155. st. 2.), tj. prekarna služnost. Ako je zahvaćeno susjedno zemljište opterećeno pravom građenja ova služnost odvaja od prava građenja onaj dio zgrade koji se nalazi preko međe. To je jedina iznimka od načela neodvojivosti prava građenja od prava vlasništva na zgradu ali, kako se vidi, ne tiče se zgrade u cjelini nego samo onog dijela koji se nalazi preko međe.

Prema pravu Republike Srpske prekoračenjem granice izgradnjom zgrade «savjesni graditelj stiće pravo svojine na zahvaćenom zemljištu, uz obavezu isplate tržišne vrijednosti zemljišta» (čl. 62. st. 1. ZSP).⁷⁰ Tako i prema Nacrtu ZSP FBiH (čl. 62. st. 1.). U slučaju građenja na tuđem zemljištu opterećenom pravom građenja, nositelju toga prava pripadaju prava i obaveze vlasnika zemljišta (čl. 63). To znači da savjesni graditelj građenjem na zemljištu opterećenom pravom građenja stječe pravo vlasništva na zahvaćenom zemljištu preko međe i da na tom dijelu zemljišta prestaje pravo građenja.

7. PRAVO GRAĐENJA KAO OBJEKT HIPOTEKARNOG PRAVA

Za razliku od ostalih imovinskih prava, koja mogu biti predmetom ručnog zaloga, pravo građenja, budući da je izjednačeno sa zemljištem, odnosno zgradom, tj. nekretninom, jest objekt hipoteke (kao i zemljišnog duga) koja se stječe upisom u zemljišne knjige nasljednog prava građenja, odnosno u zemljišnoknjižni uložak

⁷⁰ Slično kao po talijanskom pravu, ali samo ukoliko se odnosi na zemljište koje nije opterećeno superficijarnim pravom (čl. 938. CC). Vidi, Messineo, F., *Diritto civile i commerciale*, Giuffrè, Milano, 1965.

u koji je upisano pravo građenja kao samostalna nekretnina u pravnom pogledu.⁷¹ U interesu zaštite vjerovnika, pravo građenja treba biti sigurno, da se unaprijed zna njegovo trajanje. Zbog toga se ono ne može osnovati pod raskidnim uvjetom (§ 11. st. 2. Uredbe i § 4. st. 1. Zakona). Zato sankciju prestanka prava građenja pod raskidnim uvjetom zamjenjuje sankcija – prava nazadkupnje vlasnika opterećenog zemljišta, čijom realizacijom nositeljem prava građenja postaje sam vlasnik zemljišta. (Vlasnik zemljišta može i jednostranim pravnim poslom osnovati pravo građenja kao svoje pravo).

7.1. Talijansko superficijarno pravo građenja kao objekt hipoteke

Drugu mogućnost nudi talijansko superficijarno pravo koje ima isključivo funkciju pravnog razdvajanja zemljišta i zgrade. Vlasništvo zgrade koju od zemljišta odvaja superficijarno pravo, naziva se superficijarnim vlasništvom (*la proprietà superficaria*), ali je taj naziv skovan u pravnoj literaturi za važenja prvog talijanskog Građanskog zakonika iz 1865. koji je dopuštao po uzoru na francuski Code civil (čl. 553.) pravno odvajanje zemljišta i zgrade pisanim pravnim poslom. Zgrada nije ni priraštaj, a ni pripadak superficijarnog prava, već posve samostalna nekretnina koja pripada nositelju superficijarnog prava (čl. 952.-955. Codice civile).

Hipoteka koja tereti superficijarno pravo i zgradu u superficijarnom vlasništvu prestaje istekom vremena na koje je bilo zasnovano to pravo, jer u tom slučaju prestaje i samo superficijarno pravo, a zgrada postaje priraštajem zemljišta. Potraživanje hipotekarnog vjerovnika u tom se slučaju namiruje iz naknade koju eventualno duguje vlasnik zemljišta superficijaru, a hipoteka se gasi (čl. 2816. st. 1.). Ali ako je iz nekoga drugog razloga sjedinjeno superficijarno pravo i pravo vlasništva na zemljište u imovini iste osobe, tada hipoteka koja tereti zgradu i ona koja tereti zemljište produžavaju teretiti svaka svoj objekt (čl. 2816. st. 2. CCI).^{72, 73} U tom slučaju fingira se, dakle, da i dalje postoje dvije nekretnine – zemljište i zgrada, obje u vlasništvu iste osobe, ali samo radi opstanka hipoteke.

71 Šire o tomu, Simonetti, P., Hipotekarno zalaganje nekretnina i prava građenja, u zborniku radova Zaštita vjerovnika, Informator, Zagreb, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1994., str. 1. – 16.

72 Le ipoteche che hanno per oggetto il diritto di superficie si estinguono nel caso di devoluzione della superficie al proprietario del suolo per decorso del termine. Se però il superficario ha diritto a un corrispettivo, le ipoteche iscritte contro di lui si risolvono sul corrispettivo medesimo. Le ipoteche iscritte contro il proprietario di suolo non si estendono alla superficie. (1) Se per altre cause si riuniscono nella medesima persona il diritto del proprietario del suolo e quello del superficario, le ipoteche sull' uno e sull' altro diritto continuano a gravare separatamente i diritti stessi. (2) (art. 2816. CC).

73 Rubino, D., *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, Giuffrè, Milano, 1957., str. 179.

7.2. Hrvatsko pravo građenja kao objekt hipoteke

I po hrvatskom pravu je moguće hipotekom opteretiti pravo građenja (čl. 285. st. 2. ZV-a). Tako i po ZSP RS (čl. 291. st. 2.), odnosno čl. 305. st. 2. Nacrta FBiH. Založno pravo (hipoteka) koje je teretilo pravo građenja nakon prestanka toga prava tereti naknadu koju je vlasnik zemljišta dužan dosadašnjem nositelju prava građenja (čl. 296. st. 2. ZV-a). Tako i po ZSP RS čl. 301. st. 2., odnosno čl. 315. st. 2. Nacrta ZSP FBiH.

8. PRVO RANG-MJESTO PRAVA GRAĐENJA

Jedno od najznačajnijih obilježja prava građenja jest njegovo prvo rang-mjesto⁷⁴ s obzirom na sva druga stvarna prava koja opterećuju isto zemljište. Bit je u tome da ostvarenje ili vršenje drugoga stvarnog prava ne smije dovesti do prestanka, pa niti do sužavanja prava građenja. Austrijski Zakon o pravu građenja izričito propisuje da se založna prava i drugi stvarni tereti ne mogu ostvariti unovčavanjem zemljišta, ako bi to dovelo do prestanka prava građenja, pa ta prava po rangu ne mogu stajati ispred prava građenja (§ 5. st. 1.). Njemačka je Uredba još restriktivnija: nasljedno pravo građenja može se osnovati isključivo s prvim rang-mjestom i taj rang se ne može mijenjati ni ubuduće (§ 10. st. 1.). Pravilo koje pravu građenja daje prvo rang-mjesto osigurava njegovu pravnu stabilnost. Time se postiže pravna sigurnost kako za njegova nositelja tako i za ovlaštenike prava koja ga opterećuju. S druge strane, pravo građenja se ne bi moglo ni ostvariti kad bi bilo u opreci sa stvarnim pravima korištenja ili uporabe istog zemljišta. Isto zemljište mogu opterećivati druga stvarna prava, osim prava građenja, ali ona moraju stajati iza prava građenja. Štoviše od osnivanja prava građenja ni građevinski objekt koji je prije izgrađen (naknadno pravno razdvajanje zemljišta i građevinskog objekta) ne jamči više za tražbinu osiguranu hipotekom koja opterećuje zemljište. Zbog toga je nemoguće zasnovati pravo građenja s prvim rang-mjestom na zemljištu opterećenome hipotekom bez prethodnog pristanka hipotekarnog vjerovnika (§ 12. st. 2. Uredbe), tako da se hipoteka ograniči samo na zemljište, a da ne opterećuje pravo građenja kao ni zgradu koja je postala bitni sastavni dio nasljednog prava građenja.

Prema hrvatskom pravu, ako zakonom nije drukčije određeno u pogledu načina osnivanja prava građenja, njegove preinake, prestanka te zaštite povjerenja u zemljišne knjige na odgovarajući način primjenjuju se pravila o načinu osnivanja i zaštite povjerenja stvarnih tereta (čl. 288 st. 5.). Drukčije je određeno u pogledu osnivanja prava građenja odlukom suda u postupku diobe nekretnina i ostavinskom postupku kao i u drugim slučajevima koji su određeni posebnim zakonom u kojem

⁷⁴ Općenito o rang mjestu stvarnih prava, vidi, Lazić, M., Rang stvarnih prava, Pravni život, god LI, 10, 2002., tom II, str. 71. – 83.; o načelu prvenstva u hrvatskom zemljišnoknjižnom pravu, Josipović, T., Zemljišnoknjižno pravo, Informator, Zagreb, 2001., str. 138. – 140.

slučaju se na odgovarajući način primjenjuju pravila o osnivanju prava služnosti odlukom suda, 289. i 226. ZV-a ako posebnim zakonom nije drukčije određeno. U pogledu prava građenja u entitetima BiH vidi čl. 294. i 295. ZSP RS, odnosno čl. 308. i 309. Nacrta ZSP FBiH.

9. PROMETNOST PRAVA GRAĐENJA

Za razliku od prava korištenja radi građenja na zemljištu u društvenom vlasništvu, koje je u načelu bio izvan pravnog prometa,⁷⁵ prometnost prava građenja njegova je bitna značajka. Pravo (i svojstvo) otuđenja, opterećenja i nasljeđivanja određuje pravnu narav prava građenja. Ako bi se pravo građenja lišilo svojstava otuđenja, opterećenja i nasljeđivanja, izgubilo bi svoj identitet. Postalo bi neko drugo stvarno pravo slično osobnim služnostima: pravu plodouživanja ili pravu uporabe, odnosno pravu stanovanja (*habitatio*), što bi bilo u opreci s njegovom svrhom i funkcijama.

10. ZAKONSKA OGRANIČENJA RASPOLAGANJA PRAVOM GRAĐENJA

Prema hrvatskom pravu, kao i prema njemačkom i austrijskom pravu, pravo građenja je otudivo i nasljedivo, a može se i opteretiti kao i druge nekretnine, ako nije što drugo određeno (čl. 285. st. 1.). ZSP RS također precizira «ako zakonom nije drugačije određeno» (čl. 291. st. 1.). Tako i po čl. 305. st. 1. Nacrta ZSP FBiH. Kao što se ugovorom može isključiti ili ograničiti promet prava vlasništva (čl. 34. ZV-a) moguća su odgovarajuća ograničenja prometnosti prava građenja, osobito ona koja proizlaze iz opće svrhe prava građenja određene zakonom kao i iz posebne svrhe određene pravnim poslom ili odlukom suda o osnivanju prava građenja.

To, međutim, ne znači da je sloboda raspolaganja pravom građenja neograničena. Postoje određena zakonska ograničenja, upravo radi ostvarenja svrhe prava građenja. Ne bi se protivila biću prava građenja ni posebna ugovorna ograničenja u korist određenog kruga osoba, pa i određene socijalne kategorije osoba, koje predviđa npr. njemačko nasljedno pravo građenja.

Zakon propisuje pojedina ograničenja slobode raspolaganja radi postizanja svrhe prava građenja, a neka ograničenja proizlaze iz njegove pravne naravi. Upravo naprijed istaknuta dva zakonska ograničenja slobode raspolaganja pravom građenja proizlaze iz njegove naravi:

1. pravo građenja se ne može odvojiti od prava vlasništva na zgradu tako da bi jedna osoba bila nositelj prava građenja, druga vlasnik zgrade, a treća zemljišta

⁷⁵ Simonetti, P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945. – 2007.)*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2008., str. 203. – 209.

(§ 12. st. 2. Uredbe) jer vlasnik zemljišta ne može biti istovremeno nositelj prava građenja.

2. nositelj prava građenja ne može se odreći svoga prava bez suglasnosti ovlaštenika prava koja ga opterećuju i vlasnika zemljišta koje je njime opterećeno (§ 26.). Tako i po hrvatskom i bosanskom pravu, ali se ovim ograničenjima dodaje i treće: pravo građenja, iako samostalna nekretnina u pravnom pogledu, ne može se pravno odvojiti od zemljišta koje opterećuje (čl. 283. ZV-a, odnosno čl. 289. ZSP RS ili čl. 303. Nacrta ZSP FBiH). Ovo zbog toga što je pravo građenja istovremeno ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu i drugo zemljište odnosno nekretnina u pravnom pogledu.

Budući da se nasljedno pravo građana konstituira upisom u zemljišnu knjigu, za njegovo ukidanje ili prestanak traži se brisanje iz zemljišne knjige na temelju javne isprave kojom je utvrđen zakonski razlog prestanka. Premda, što se tiče suglasnosti hipotekarnih vjerovnika, i ostalih stvarnopravnih ovlaštenika, u njemačkom pravu nema izričite odredbe, vlada jednodušno mišljenje da je ta suglasnost ovih osoba nužna za ukidanje prava građenja na temelju očitovanja o odricanju, koje je dao njegov nositelj u propisanom obliku.⁷⁶ To je logično, jer se ukidanjem toga prava gase i prava što ga opterećuju, za razliku od nazadkupnje, koja ne ukida pravo građenja, već ga samo prenosi na vlasnika zemljišta (nositelj prava građenja može biti i sam vlasnik zemljišta).

11. OGRANIČENJA RASPOLAGANJA PRAVOM GRAĐENJA NA TEMELJU PRAVNOG POSLA

Sloboda raspolaganja pravom građenja može se ograničiti na temelju pravnog posla, npr. utanačenjem prava prvokupa u korist vlasnika zemljišta ili kategorijalno točno određene osobe ili određenog kruga osoba. Ono se može ograničiti i pravom nazadkupnje u korist vlasnika zemljišta ili zabranom opterećivanja preko određene granice bez suglasnosti vlasnika zemljišta, itd.⁷⁷ Ograničenja, kao i sadržaj određen pravnim poslom postaju integralnim dijelom prava građenja upisom u zemljišnu knjigu koje je dužan trpjeti svakodobni vlasnik do isteka roka ili ispunjenja raskidnog uvjeta ako je njegovo trajanje time ograničeno (čl. 293. ZV, odnosno čl. 298. ZSP RS kao i čl. 312. Nacrta ZSP FBiH) ili bez vremenskog ograničenja jer takvo ograničenje nije propisano zakonom u hrvatskom i bosanskom pravu.

⁷⁶ Ring, J., Im Staudingers Kommentar BGB, op. cit., str. 968.

⁷⁷ Šire: Oefele/Winkler, op. cit.

ZAKLJUČAK

Privremene zgrade su po samom zakonu pravno odvojene od zemljišta kao potpuno samostalni objekti prava jer se za pravno jedinstvo nekretnine, zemljišta i zgrade traži trajna veza. Prema tomu, pretpostavka za pravo građenja pravno je jedinstvo zemljišta i zgrade. Pravo građenja i superficijarno pravo ili njima srodno pravo razdvajaju zemljište i zgradu kao dvije potpuno samostalne nekretnine. Temeljna razlika između superficijarnog prava i prava građenja je što pravo građenja privlači zgradu kao da je ono zemljište – postoji samo tri-četiri iznimke koje proizlaze iz propisa ili prirode i svrhe ustanove prava građenja. Nasuprot tome superficijarno pravo ograničeno je stvarno pravo na tuđem zemljištu koje pravno razdvaja zemljište i zgradu na površini ili ispod površine zemljišta bilo da je izgrađena prije ili na pravu građenja u prvom slučaju pravo građenja prestaje rušenjem zgrade ako nije drugačije određeno ili ne proizlazi iz njegove svrhe i pravnog posla. Prema tomu pravo građenja je istovremeno ograničeno stvarno pravo i umjetno zemljište, tj. nekretnina s neraskidivo povezanom zgradom koja se od njega ne može odvojiti ni po jednoj pravnoj osnovi kao što se može odvojiti zgrada od prirodnog zemljišta ustanovom prava građenja.

Pravo građenja se osniva dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu: upisom u C list zemljišnoknjižnog uložka u kojem je upisano opterećeno zemljište i po njemačkom pravu u knjigu nasljednog prava građenja kao samostalna nekretnina, a u austrijskom pravu i pravima koji ga slijede upisom u poduložak prava građenja u kojem se upisuje kao drugo zemljište.

Prema tomu osnivanjem prava građenja ne ukida se načelo *superficies solo cedit* već se samo zamjenjuje prirodno zemljište s umjetnim zemljištem – pravom građenja. Pravna veza između prava građenja i zgrade neraskidiva je jer ne postoji pravo koje bi moglo pravno odvojiti zemljište i pravo građenja. Nositelj prava građenja uvijek je vlasnik zgrade pa makar je istovremeno i vlasnik prirodnog zemljišta (pravo građenja na vlastitom zemljištu). Samo ako se građenjem prekorači međa zemljišta opterećenog pravom građenja osniva se služnost koja pravno razdvaja onaj dio zgrade što se oslanja na susjedno zemljište opterećeno pravom građenja, a istovremeno taj dio također privlači pravo građenja (vodoravni prirastaj, horizontalna akcesija). Iznimku predstavlja Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske po kojem u tom slučaju graditelj stječe pravo vlasništva na onom dijelu zemljišta koje pokriva zgrada. Zbog dvostruke prirode prava građenja ono se ne može, ni steći, ni preinačiti, prestati bez dvostrukog upisa u zemljišnu knjigu: upisom u C list zemljišnoknjižnog uložka opterećenog zemljišta i upisom u knjigu njemačkog nasljednog prava građenja, odnosno u poduložak austrijskog i njemu sličnih prava građenja. Zakon po pravilu ne isključuje primjenu pravila ustanove dosjelošti za pravo građenja, pa se interpretacijom pravila te ustanove dolazi do zaključka da se ono stječe dosjelošću samo kad je izgrađena zgrada na pravu građenja ili njime odvojena od zemljišta. Na neizgrađenom zemljištu ne može steći pravo građenja građenje bez pravne osnove jer je taj pravni odnos uređen ustanovom

stjecanja prava vlasništva građenjem na tuđem zemljištu. Kako se pravo građenja stječe dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu graditelj nema pravnu pretpostavku za stjecanje građevne dozvole niti za legalizaciju bespravne izgradnje, a do legalizacije ili rušenja zgrade izgrađene bez građevne dozvole zgrada ima privremeni karakter pa je po samom zakonu samostalna nekretnina. Njemačko pravo, koje inače sužava ustanovu dosjelogosti isključuje stjecanje nasljednog prava građenja ustanovom dosjelogosti (§ 11. st. 2. Uredbe...isključuje primjenu §957 BGB-a, ali time nije isključena primjena ustanove tabularne dosjelogosti). Za odricanje prava građenja, za razliku od odricanja prava vlasništva traži se suglasnost imatelja stvarnih prava na pravu građenja. Obujam objekta prava građenja dubinski je ona površina zemljišta koja osigurava stabilnost i uporabu građevine predviđene pravnim aktom o osnivanju prava građenja.

Summary

THE RIGHT TO BUILD AND SUPERFICIES IN COMPARATIVE LAW

The right to build and superficies separate in the legal sense a permanent building from the land parcel, creating thus a new independent immovable. However, as opposed to superficies, the right to build is recognized by the law as an independent immovable, whereas the building built on it, or subsequently separated from the building plot, represents its integral inseparable part. The right to build can be alienated, inherited and burdened. Furthermore, it has three essential functions; the social - because it reduces building expenses for the value of the land price; the economic - because it enables permanent incomes of the town rent for the owner of the building plot and finally the legal function, which allows for the legal separation of the building plot from the building. The content of the right to build unlike other property rights is determined not only by the law, but also by the legal transaction that becomes its integral part by the entry into the land register.

Key words: property, right to build, functions, content, characteristics.

Zusammenfassung

VORTEILE DES BAURECHTES UND DES RECHTES DER SUPERÄDIFIKATE

Das Baurecht sowie das Recht der Superädifikate trennt rechtlich das Gebäude vom Grundstück als eine ganz selbstständige Immobilie, aber im Unterschied zum Recht der Superädifikate wird das Baurecht gemäß Gesetz als eine selbstständige Immobilie betrachtet und das durch dieses Recht gebaute Gebäude oder durch dieses Recht vom Grundstück nachträglich getrenntes Gebäude ist seine unzertrennliche Angehörigkeit (Anwachsung). Durch das Baurecht wird der Grundsatz *superficies solo cedit* nicht aufgehoben, sondern das natürliche Grundstück wird durch das artifizielle Baurecht als ein anderes Grundstück ersetzt. Das Baurecht stellt gleichzeitig das eingeschränkte Sachenrecht auf eigenem oder fremdem Grundstück und die selbstständige Immobilie dar, welche das Gebäude von seinem Grundstück rechtlich trennt. Deshalb wird aufgrund eines Rechtsgeschäftes dieses Recht durch doppelte Grundbucheintragung erworben oder geändert oder aufgehoben. Das Baurecht kann eteignet, geerbt und belastet werden; es hat drei wesentliche Funktionen: soziale, weil es die Baukosten um den Betrag des Grundstückspreises reduziert; wirtschaftliche, weil es den ständigen Zufluss der städtischen Rente in das Vermögen des Grundstückseigentümers ermöglicht, und die rechtliche, weil es

die rechtliche Trennung des Gebäudes vom Grundstück ermöglicht. Das Baurecht besitzt, im Unterschied zu anderen Sachenrechten, außer dem gesetzlichen auch den durch das Rechtsgeschäft bestimmten Inhalt (akzidenteller und dispositiver), welcher durch die Grundbucheintragung zu seinem integralen Teil wird.

Schlüsselwörter: Eigentum, Baurecht, Funktionen, Inhalt, Merkmale.

Riassunto

CARATTERISTICHE DEL DIRITTO AD EDIFICARE E DEL DIRITTO DI SUPERFICIE

Il diritto ad edificare così come il diritto di superficie scinde l'edificio dal fondo, trattandolo come immobile del tutto distinto: tuttavia, a differenza del diritto di superficie, il diritto ad edificare per legge viene considerato titolo per un immobile indipendente, mentre con riguardo all'edificio ivi eretto o successivamente separato in forza del suddetto diritto opera indissolubilmente il principio dell'accessione. Con il diritto ad edificare non si annulla il principio *superficies solo cedit*, bensì si sostituisce il fondo naturale con un diritto artificiale ad edificare, quale diverso fondo. Il diritto ad edificare è al contempo sia un diritto reale limitato su un fondo altrui o proprio, sia un immobile indipendente con annesso edificio che viene legalmente separato dal fondo. Pertanto, in forza di un valido titolo tale diritto viene costituito, muta o cessa mediante una doppia annotazione nel libro fondiario. Il diritto ad edificare può essere oggetto di alienazione, successione o aggravio. Ha tre funzioni principali: sociale, in quanto diminuisce i costi di costruzione per il valore del fondo; economica, in quanto permette una costante affluenza della rendita fondiaria urbana nel patrimonio del proprietario del fondo; giuridica, in quanto permette la separazione giuridica del fondo dall'edificio. Il diritto ad edificare a differenza degli altri diritti reali, oltre al contenuto stabilito per legge ha anche delle caratteristiche che posso essere definite mediante autonomo negozio giuridico (accidentale e dispositivo), le quali divengono parte integrante del medesimo mediante annotazione nel libro fondiario.

Parole chiave: proprietà, diritto ad edificare, funzioni, contenuto, peculiarità.