



Heinrich Kurt Stever

De servitutibus praediorum

Pars prior : ... quam dissertationis inauguralis loco esse voluit auctor

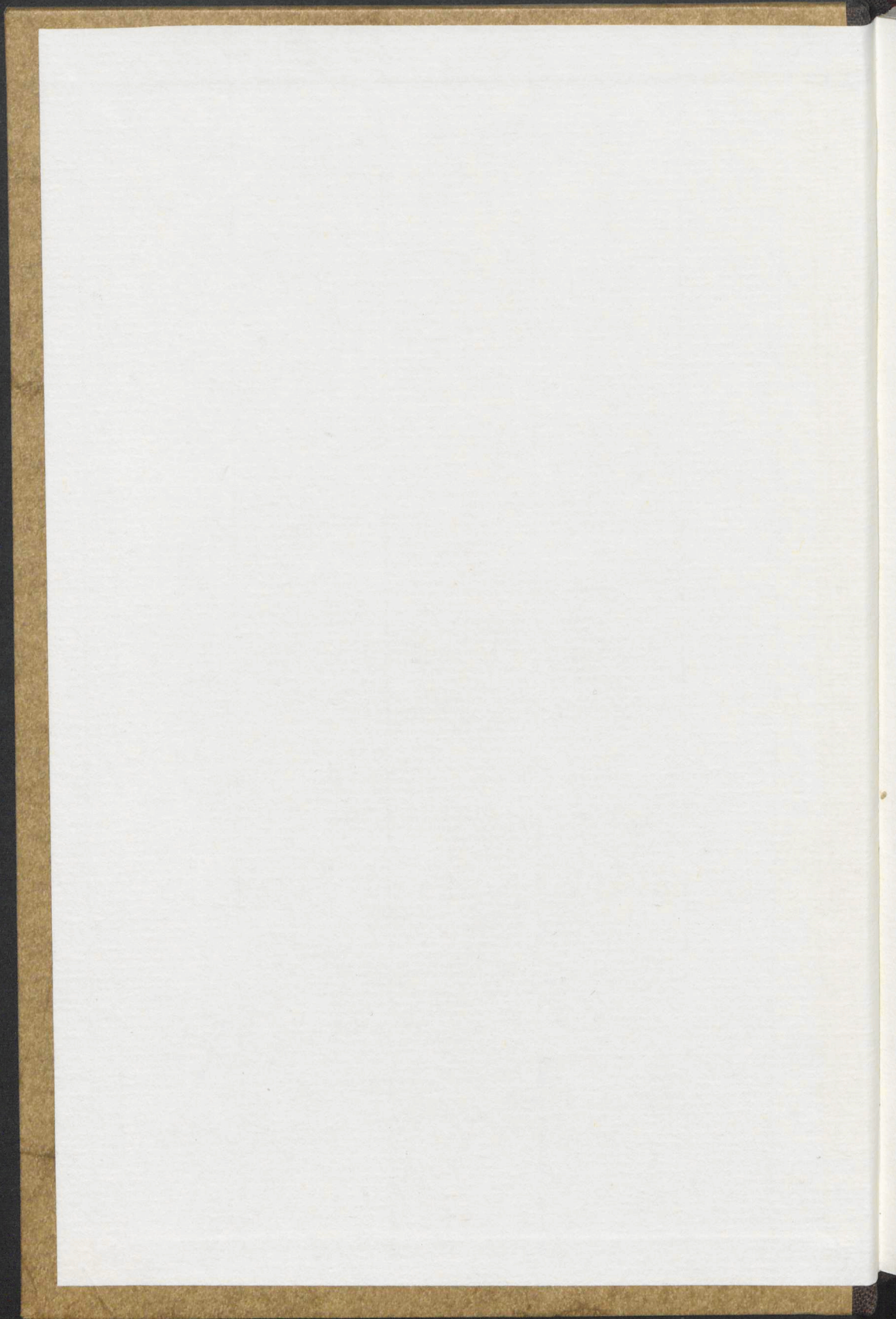
Rostochii: Typis Adlerianis, 1816

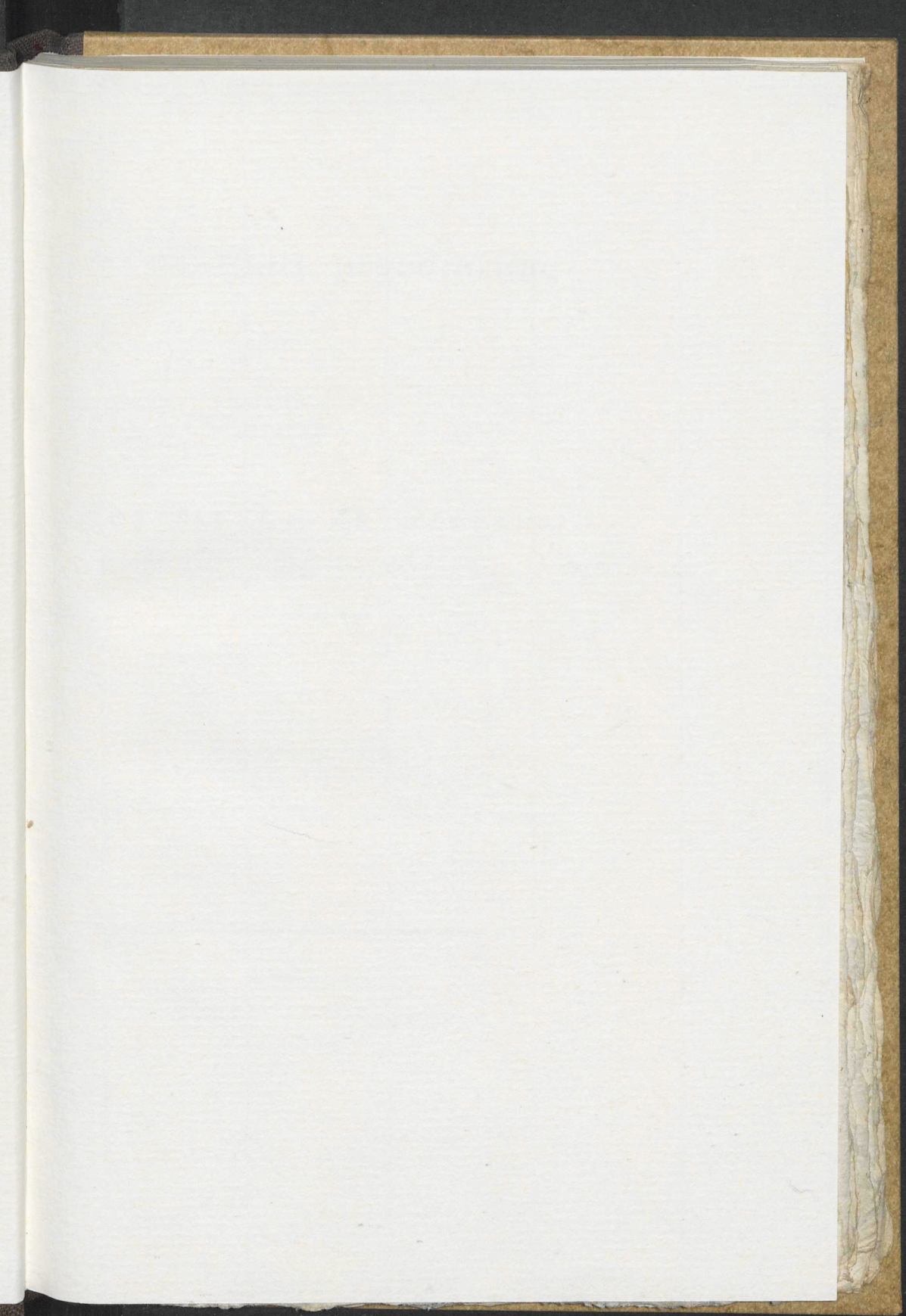
<http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn100668493X>

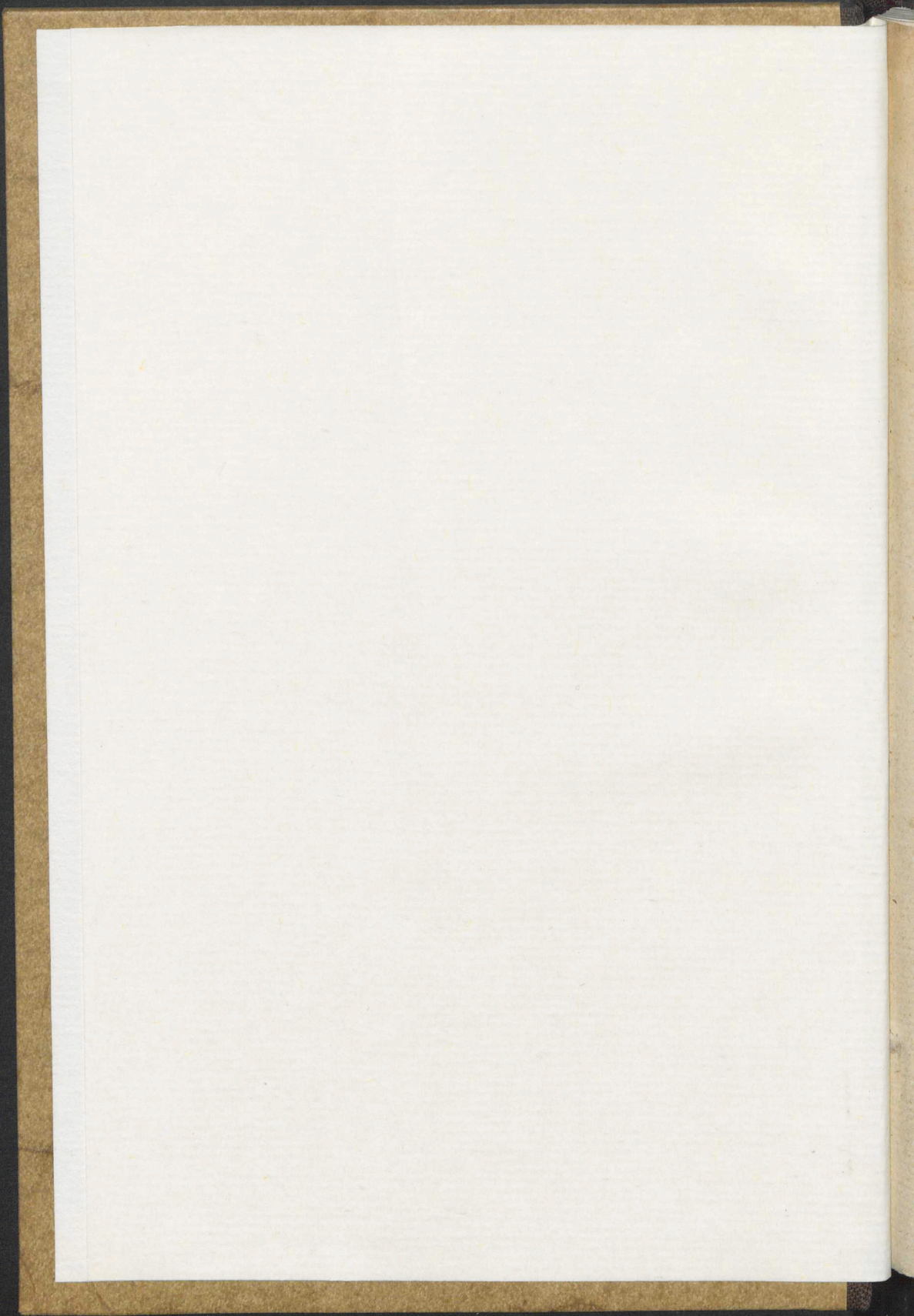
Band (Druck) Freier  Zugang  OCR-Volltext

RU jurist. 1816

Stevero, Henr. Cordo







De

servitutibus praediorum,

Auctore

Henrico Cordo Stevero.

Pars prior,

quam dissertationis inauguralis loco esse vomit auctor.

Rostochii.

Typis Adlerianis.

1816.

scribitur in

scribitur in

scribitur in

scribitur in

Auctoris

E p i s t o l a

ad

Christianum Fred. Mühlenbruchium.

Archieve

H. P. I. a. f. o. l. a

Christians Fred Mühlenbachians

*Henr. Cordus Steverus Christiano Frederico
Müblenbruchio s. s.*

Tibi, cui debeo, hoc dico meum opus, mea anima cariori. Parum est, quod reddere, quod exsolvere possum. Tu enim in hanc, quam nunc ingressus sum, viam cogebas me; tibi hoc debeo opus, quasi auctori, et quando pater meus, otis mihi ad haec studia benigne concessis, primus auctor laudandus est, secundo loco te laudo auctorem. O carum caput! si modestia tua nomen regium, regiumque in jurisprudentia honorem recusaverit, tamen gaudebis, studiorum meorum te audire rectorem.

Quilibet auctor, quae sint operis a se profecti virtutes, aut optimus esse debet iudex, aut nullus erit, id est, is erit, qui iudicare non possit. Igitur id equidem dico, multam mihi deberi laudem, qui imperterito animo immensa aliorum vitia adhuc latentia recluserim. Ipse mihi declarasti, non sine virtute hunc esse meum laborem. Qua voluptate juveni nulla potest contingere major. Sed hanc quoque tibi debeo.

Minime vero, quemadmodum auctor iudex esse debet, quanti sit opus, ita esse potest vitiorum erratorumque arbiter, quorum auctor est. Sic me fugerat, quod mihi objectum est, in persequendis aliorum vitiis me acriorem nimis videri, temperantiae finibus haud raro transitis, ita ut haud absimilis viderer PAULLO, cujus imaginem dedissem, scilicet:

Haesisset cui semper acerba in naribus ira!

Exhorreo! absit longe a me probrum male nasuti! absit procul immodestiae crimen! — Verum, quod me non terreri nominibus titulisque patiar, sed errores evincere, erroribusque, si quos exploravisse puto, nihil omnino indulgere videar, id non pro opprobrio, sed pro decore, pro liberalitate, pro magni facienda audacia habendum erit. Nec tanta in me confidentia est, ne dicam, vesania, ut, quod equidem verum iudicem, invitis atque nolentibus obtrudam, aliosque, nisi meae sententiae adjecerint calculum, longe a vero abesse

dicam. Nam, quod verum videtur esse, id palam facere, haud absurdum est; ast refelli se pati aequo animo, neque indigne ferre, meliorem sequi sententiam, consideratis probatisque rebus, optimum atque honestissimum, ac pene summam gloriam duco.

Modestia autem, quae desinere jubet laudem mei ipsius, eadem jubet censorem, qui judicare potest, pergere, qui quidem laudem, si bene perrexerit, meriturus erit magnam. Neque gloriose hoc accipi dictum velim. Censorem mihi, qui tot vitia omnibus communia recluserim, non posse negare laudem, id exploratissimum et persuasissimum mihi est. Verum si tantus erit, qui detegat vitia errataque operis nostri, ille, licet laudatus jam sit omnium ore, hoc facto tamen laudatior evadet. Nam haud pusilla est materia, quam pertractavimus; haud pusilli sunt momenti errata, quibus in perstringendis acriores nos et acerbiores fuisse, inculpatio est: verum perpauca

est numerus eorum, qui rite judicare aut possint
aut velint. Et licet sint nonnulli, acerrimi quidem
et severi juris iudices, neque tamen iniqui, neque
infesti; equidem tamen a te, fraterno more sodale,
maxime exosco iudicis officium. Sed videas,
ne amicitia corruptus iudex nimis leniter iudicando
litem tuam tibi facias. Nam lenem esse et indul-
gentem, ubi iudicii gravitatem veritas exigit, id
imbecillitatis, quam humanitatis videtur.

Valere te jubeo.

De
servitutibus praediorum.

Prooemium.

Nulla forsán juris materia graviore habet controversias, quam servitutum doctrina. Nam a definitione usque ad singulas servitutum species nulla omnino res est, de qua non sub iudice lis sit. Permulti priorum iudiciorum statores ¹⁾; sed novissimo cuilibet id fere semper propositum; ut antecedentium opiniones refelleret.

Verum enim vero, si in ea, quam HUGO DONELLUS aperuit et munivit, via nostri omnes ire perrexissent, effectum equidem iudico, ut perpauca hac in materia, ne dicam nulla, dubitationi relinquerentur. Non id ego contendo, HUGONEM DONELLUM non nisi quod verum sit,

secutum fuisse; — *tunc enim longe supervacaneum foret hac de re scribere*; — sed, quamvis omnibus fere in rebus ab eo dissideam, tamen neminem, neque antecedentem, neque auctoritate ejus in-nixum inveni, qui subtilius et sagacius ex iis, quae a Compilatoribus suppeditata sunt, eruere et per-scrutari, ubi veritatis vestigium lateat, conatus sit. Ille mihi videtur architectus, qui opus exstruxit praeclarum quidem, nihilominus tamen demo-liendum, quia nonnulla contra regulas artis et, ut ita dicam, contra concentum composita inve-neris. Quenam autem regulae artis? quisnam concentus esse debet? Sunt populi alicujus mores, sunt consuetudines, quas sparsim et perobscure subministratas, vate indigere dixeris.

*Incedo per ignes
Suppositos cineri doloso!*

Ast facilius alii sane duxerunt, via, quam ille aperuit, relictas, errores antiquitus proditos pro legibus accipere; difficultates vero et cruces in fragmentis Ictorum latentes pro nihilo habere et leviter transire et quasi reponere. Nam exscribere et ea verbotenus recantare, quae a Romanis nobis prodita sunt, haud magna quidem res est, sed in-quirere in reconditas sententiarum rationes et ex

similibus concludere et similia adnectere similibus, id demum Jureconsulti esse videtur.

ZACCHARIADES ²⁾ dialecticorum more rem illustrare tentavit, ab uno rerum principio proficisci autumans, quaecunque Romani circa servitutes posuerint. Quasi non ex vita et, ut ita dicam, sua sponte, verum ex Ictorum meditationibus haec prodisset disciplina! Quoniam jam alius ³⁾ gravem in eum admisit reprehensionem, — ejusmodi cogitationes absonas esse a vita Romana, demonstrans, — equidem invidiam timens nihil superaddere volo. Lusus autem ingenii tota disputatio videtur. Nam si quis ZACCHARIADEN interrogaret, qua demum ex re nostrae litterae suis meditationibus profecisse ipsi viderentur, sane obmutesceret. Non nisi tritissimarum rerum definitiones apud eum invenies, et, quando ad difficiliora et subtiliora sese convertit, satis infelices proveniunt explicationes.

Verum, si quae alia unquam, haec sane legislationis pars non ex doctorum hominum rimosis lucubrationibus neque ex legibus latis sese conformavit, sed ex ispa vita prodiens in legum et Ictorum disciplinam recepta est.

Quaenam leges agriculturae et aedium extruendarum fuere, licet propter rem ipsam scire juvet, tamen, quod ad servitutum disciplinam, quoniam ad singulas pertinent res, levioris prorsus momenti habeo, quamvis, multos nostrorum, qui de singulis servitutum speciebus scripserunt, postquam per magnas viarum ambages ad eum, quem putabant finem tenderunt, nimium, quam viros decuit, sese efferre videam, mirabilem quandam explicationem se protulisse gloriantes. Quid autem, quaeso, scire juvat, quae *luminum*, quaenam *prospectus* servitus apud Romanos fuerit, nisi nihil nescire pulcrum dixeris?

Gravioris autem momenti quaestio est, quaenam servitutes rusticorum praediorum, quaenam urbanorum sint, e mente juris Romani, — nam ne hocce quidem adhuc satis cognitum est, — quaenam sit servitutum possessio, quaenam usucapio? — in quibus nostros aequae ac Justinianeae maximae excitatione perturbationem video; — nostros quidem, quod disciplinas Romano juri plane ignotas condidisse; — Compilatores, dum et obscura et haud raro sibi repugnantia in corpus juris fragmenta contulisse videntur: — quod, ut unum tantummodo adhibeamus exemplum, ex

traditis de servitutum acquisitione per tempus et usum principiis satis superque patet.

Hic autem nostrarum disquisitionum ordo et series est. Rejectis vulgaribus servitutis definitionibus, aliam novamque suppeditabimus descriptionem, ad quam in omni ancipite quaestione confugiendum erit. — Si igitur, re probe cognita, tibi nostra definitio displicuerit, ominis indagatio incassum erit suscepta. — Tunc de rusticorum et urbanorum praediorum servitutum indole dissereamus; mox de principiis; quae Romani omnino circa hanc materiam stabilivere. — Explicatis deinde nonnullis servitutum speciebus, quibusnam modis servitutes adquiruntur, disquisitionem instituemus; postremo in libertatis usucapionem inquirentes.

Nam carptim magis nonnulla eligere, quae potissimum illustratione indigent, quam omnia ad hanc doctrinam pertinentia peragere, in proposito fuit. Qua tamen in re, ut nusquam lacuna inveniretur, operam navavimus.

Quodsi, benevole lector, quaecumque sit, hoc tibi opusculum non displicuerit, facile fieri potest, ut denuo pertractemus rem totam examussum, ita,

ut nulli interpretum errores, nullaeque Ictorum meliores et saniores sententiae desiderentur. Quapropter gratiae admodum et amoenae erunt peritiorum monitiones nobis nec laudem sperantibus, neque reprehensionem timentibus.

- 1) HUGO DNLELLIUS, THOMASIVS, ZACCHARIADES, THIBOTIVS, multique alii.
 - 2) Recte Zacchariae filius nominatur Zacchariades, quemadmodum apud Comicum Graecum Strepsiae filius, Strepsiades.
 - 3) THIBOTIVS.
-

Cap. I.

De servitutum divisione et qualitate.

Servitus proprie conditionem servorum et serviendi significat; longe alio sensu Icti hoc verbo utuntur, si in servitutes rerum seu praediorum inquirunt. Nam, quod hoc loco obiter monendum est, illa vox non ejus conditionem designat, qui servit, sed ejus, cui servitur. Praeterea pro libero praedio non habetur illud, quod in nullius dominio est, neque ulli usum praebet, sed illud, cujus non nisi domino omnis utilitas, et omne imperium est ¹).

In jure nostro nulla hujus rei definitio invenitur, nisi unam alteramve explicationem, quam occasio magis dabat, definitionem dicamus. Sed quamvis Icti nostri materiae ipsius doctrinam tradentes, nusquam discrete interpretentur, quae servitutis notio sit, habuere tamen satis claram et distinctam ante oculos rei notionem, sed alte reconditam; nec vero illam, de qua ZACCHARIADES halucinatur, quasi ex stabilito rei principio totas eruissent

disciplinas. Ex vita, ut dixi, prodiit res; ex vita in disciplinam redacta est. Quoniam, quod vita parit, plerumque constans, firmum et concinnum esse enim advertitur, ita factum est, ut, quaecunque a Ictis nostris circa hanc rem tradita sunt, ex uno quasi fonte emanare videantur.

¹⁾ VINNIUS, Comm. in Inst. Lib. II. tit. 6. §. 1. n. 1.

§. 1.

Vulgares servitutum definitiones ex re coar-
guuntur.

Acriter nostri in definienda servitute laborantes oleum et operam perdiderunt. Quid autem definitio est? Est notio rei maxima distincta et perspicua verbis quam paucissimis concepta.

Et primo loco introducimus HUGONEM DONEL-
NELLUM ¹⁾ definientem praediorum servitatem esse eam, — „*quae alieno praedio imposita, ad vicini alicujus praedii solius usum, eumque perpetuum, constituta sit.*” — Factum quidem servitutis et utilitatem, nec vero, quo innitatur hoc servitutis factum fundamento et jure, descripsisse ille mihi videtur. — Eadem ex ratione manca est HEL-
FELDII aliorumque definitio, qui praecedente DONELLO — „*servitutes rerum esse, quibus praedium ex praedio alieno percipiat utilitatem*” —

asserunt. Nam nec fundamentum utilitatis percipiundae inest, nec perpetuitatis mentio facta est; quam adjecit DONELLUS, licet neque ejus descriptioni insit, quae genuina perpetuitatis causa sit; qua quidem ex descriptione forsitan crederes, in *constituenda* servitute adjiciatur perpetuitatis mentio, necesse esse. — An vero servitus ad tempus constitui potest ²⁾?

Neque VINNIUS audiendus est praediorum servitutum sic definiens: — „*jus esse in praedio alieno alteri constitutum, quo dominus, quod alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo aut non facere cogatur.*” ³⁾. — Ut omittamus, quae WURFELIUS in jurisprudentia definitiva recte contra monuit ⁴⁾, „*hanc definitionem non ad jus, sed ad obligationem,* — melius dixisset: patientiam — *servitutis respicere;* —” ego illud quidem maxime notandum puto, quod in illa VINNII definitione ipsa servitutis insignita vis et natura, et id, quo differat ab aliis juris speciebus, desideretur. Nam creditor pignoratitius quoque, — et maxime, qui antichresin contraxit, — jus in re aliena habet *sui commodi gratia constitutum*; dominus autem, qui rem pignori dedit, pignoris distractionem *pati cogitur*, si non solvit id, de quo pignus constitutum est, et denique *nihil faciendi* potestas ei conce-

ditur, quo pignus ita deterius fiat, ut creditor, ne eludatur, in periculo sit ⁵⁾. — Istam tamen definitionem multi sibi assumserunt, ut HEINECCIUS, ejusque interpres HOEPFNERUS, multique alii.

Neque aptior WURFELII definitio est, imo multo vanior, qui — „*servitutum jus esse contendit, utilitatem vel fructum ex re aliena perpetuo percipiundi;*” — quoniam ex hoc, ut modo diximus, cerni non potest, quae servitutis natura, quodve fundamentum sit. Quodsi WURFELIUM interrogarem, quaenam perpetuitatis causa sit, nihil, hercle, respondere posset, nisi: *quia servitus est!*

Communibus igitur vestigiis relictis, alia nobis ineunda ratio erit.

1) Comment. de jure civ. Lib. XI. cap. 1.

2) L. 4. pr. D. de servit.

3) VINNIUS, loco cit.

4) §. 255. Ubi quoque rejicitur definitio CONNANI ad L. 12. D. quemadm. serv. admitt. — „*habitum esse extrinsecus accedentem, quo praedia praediis subjiciantur.*” — Haud inepta, meo quidem arbitrato, definitio, si non ad jus, sed ad habitum tantummodo servitutis respicis.

5) Si rem alienam mihi debitor dedit, *aut malitiose in pignore versatus sit*, dicendum est, locum habere contrarium judicium. l. 9. pr. D. de pign. actione.

§. 2.

Servitus praediorum definitur.

A dominio, tanquam a fonte, omnia in re jura proficiscuntur ¹⁾. Omne autem dominii jus tres in partes describitur, in *possessionem*, — scilicet, corporalem seu naturalem, in *perceptionem*, et in *liberam de re facultatem*: unde triplicem quoque habes dominii causam, en: *efficientem*, *perficientem*, *perfectam*; quibus iterum respondet: *occupatio*, *usus*, *auctoritas*. Nam occupatio *efficit* possessionem, usus *perficit* et confirmat, ex quo tertium nascitur illud: *rei imperium seu auctoritas*. Nam ubi occupaveris rem, nisi utendo animum ostenderit, nemo te dominum auctoritatis proprietatisque agnoscet; veluti, si migrantes Nomadum familiae arva pascenti causa occupant, mox, ubi pabuli penuria cogit, mutant sedes. — Tribus autem his partibus, quas in dominio positas contendimus, jus aliquod extranei contrarium esse potest; utputa: *possessioni* pignus, id est, possessio alteriusque ad securitatem obligationis ²⁾. — *Usui*, quod penes dominium est, alterius ususfructus ³⁾. — *Imperio domini* oppositam esse contendo servitutem.

Omne igitur dominii exercitium tribus vertitur in rebus: in habendo, cui respondet possessio: — in faciendo, cui usus: — in prohibendo, cui

auctoritas seu imperium convenit. Habes igitur *Minus, Majus, Maximum*. In Majore autem id, quod *Minus* est; in Maximo Majus et Minus contineatur necesse est. Itaque ususfructus etiam *possessionem*, servitus et *possessionis et usus particulas* habet.

Qui primus sedes occupavit, — haec enim acquisitionis et dominii origo est, — agrum liberum, neque ulli alii subjectum habuit, ita, ut omnibus, quae ex re redirent, frueretur, quemcunque alium arcens. Verum non unus omnes, sed singuli singulas occupavere sedes; ex quo factum est, ut ex locorum situ et fundorum conditione duae servitutes originem ducerent; quarum una, quae natura imposuit, ut inferior fundus profluentem a superiore fundo aquam in sese recipiat, vera quidem servitus non est, sed necessitas magis naturae. Altera, quae cujuslibet necessitati debetur, ut aditus sit ad suum fundum, et exitus ex suo, vera servitus est, et originaria; et hinc viarum publicarum omnium quasi servitus esse videtur. — Ejus igitur probe habeas rationem, quod diximus, primam servitutem necessitatis causam et rationem habuisse. Nam quicquid fundi alterius necessitati concedi debet in alieno, quamdiu una eademque necessitatis causa erit, tamdiu concessum jus intelligitur, id est, in aeter-

num, quia, nisi natura vim aliquam exerceat, semper una eademque fundorum conditio manet, ita, ut illa necessitatis caussa nunquam desinat esse.

Hoc, inquam, est, quo differat servitus ab aliis in re jurium speciebus. Qua ratione discedat pignus a servitute, manifeste apparet, neque ejus indagatio opus est. Nam exstincta obligatione, cujus gratia pignus constitutum est, jus pignoris tollitur. At dixeris forsitan, usumfructum quoque constitui posse, ut fundus meus ex fundo tuo vicino percipiat utilitatem ⁴); usumfructum quoque a Ictis nostris *servitatem* vocari. Quid autem, quaeso, rerum et personarum servitutes praeter nomen inter se simile habere videntur? Ususfructus enim, ceteraeque servitutes personarum ex obligatione oriuntur praecedente ⁵): servitutes rerum iisdem fere modis, quibus dominium, adquiruntur. — Illae conditionem recipiunt et recipere debent, utpote, quae non ultra mortem usufructuarii pertinent: hae conditionem talem non recipiunt, sed in aeternum valent. — Exstincta igitur obligatione, seu, conditione, quae usufructui suberat, commissa, ipsum usufructus jus finitur: servitus, cui talis conditionis adjectio adversa est, iisdem fere modis, quibus dominium, exstinguitur, domino servitutis aut jus suum remittente, aut non utendo

per negligentiam amittente. — Usufructuarius proprietatem et auctoritatem domini, a quo jus suum descendit, agnoscere tenetur: ast, qui servitum habet, nullius dominium agnoscit; quod quidem brevissime et gravissime sic erit enuntiandum: servitus ut ex alterius auctoritate descendat, necesse non est; usufructus sine auctoritate nullus est ⁶). — Quid igitur, praeter nomen, utraque juris species inter se commune habet? — Est enim servitus res ad ipsum praedium pertinens, ipsiusque praedii qualitas, eaque extrinsecus accedens.

Diximus, primam servitum concessam fuisse necessitati fundi alterius; sed mox mutatae vices sunt. Invalescente enim juris conditione, ex qua contractus sumserunt firmitatem, aliae atque aliae exstiterunt servitutes, ad similitudinem primariae illius compositae, et non modo necessitatis gratia, verum etiam propter alterius fundi utilitatem et amoenitatem constitutae, et ita factum est, ut, quod proprie et vi naturae unius dominium fuit, ita alteri subjiceretur, ut commodum aliquod extraneus ex re aliena, veluti dominus, caparet.

Ex his igitur, quas explicavimus, rationibus, non dubitamus, quin ita definienda servitus praedii sit:

esse, aut propter necessitatem, aut propter utilitatem, aut propter amoenitatem constitutum fundi jus in fundo alieno aut aliquid faciendi, aut habendi, aut prohibendi, quod instar domini in alieno ab extraneo ita exerceatur, veluti si dominus sit.

Seu brevius ita definiaris:

servitutum esse propriam et quasi dominicam fundi qualitatem, in fundo alieno aut aliquid faciendi aut habendi, aut prohibendi.

Ultima prioris definitionis verba adjicere haud absurdum putavimus, quia servitutum illi domini parti opposuimus, quam auctoritatem seu imperium vocamus. Qua quidem ex causa, et, quoniam ita definiimus servitutum: *jus esse fundi in fundo alieno*: superfluum habuimus addere: *perpetuum esse hoc jus*: — quoniam et in domini et in fundi notione notio perpetuitatis vi ipsa inest.

Eleganter autem HUGO GROTIUS ⁷⁾ hunc in modum de servitutibus praediorum disseruit: *omnia jura, i. e., quamcunque qualitatem moralem ad aliquid juste habendum vel agendum — addere debuisset et — prohibendum, — competere personis, etiamsi rem interdum sequantur, ut servitutes praediorum, quae jura realia dicantur, comparatione facta ad alia mere personalia, non, quia non ipsa*

quoque personae competant, sed quia non alii competant, quam qui rem certam habeat.

¹⁾ Jus in re, i. e. jus in dominio contentum. — Recte THIBOTIUS (Versuche über einzelne Theile des Rechts, Tom. II. Abhandl. 3. p. 102.) similem secutus rationem a ceteris jurium in re speciebus hereditatem exclusit, quamvis illius divisionis series et ordo parum congruere mihi videatur. „*Triples*, inquit, *divisio est omnium in re jurium; continent enim non nisi utendi jus, veluti rerum et personarum servitutes, aut non nisi particulas proprietatis, veluti pignus, aut utrumque continent et usum et proprietatis particulam veluti emphyteusis et superficies.* — — Vid. HUGO GROTIUS de jure B et P. Lib. II. c. 3. §. 2. — Vid. quoque l. 19. D. de damno infecto — ubi: *aliquod jus in re habere, — et — dominum esse: sibi opponuntur.* Recte igitur SAVINIUS in libro insigni, qui inscribitur: Das Recht des Besitzes: §. 8. p. 97. nota 2. praecedente WAECHTLERO secernit *jus in re* a dominio. At si pag. 98. contendit, praeter servitatem et superficiem nulla esse in re jura, id ferendum non esse existimo. Vid. enim l. 19. de damno inf., — ubi creditori, scilicet, hypothecario, jus aliquod in re esse dicitur.

²⁾ Pignus, inquam, est securitatis crediti gratia possessio rei alterius, sc. debitoris. Neque obstat, quod per pactum hypothecae ad creditorem possessio non transit. Imaginariam hanc vocare lubet possessionem.

L. 16. D. de usurp. et usuc. Nam, quod ad securitatem obligationis attinet, qui pactum hypothecae sibi constituit, aequè erit ac si possideret. Et inde

AMILIUS MACER in l. 15. §. 2. D. Qui satisd. cog.

„Creditor, qui pignus accepit, possessor non est,“ —
(sc. possessionem non habet ad usucapionem) —

„tametsi possessionem habeat aut sibi traditam, aut precario debitori concessam.

3) L. 4. de usufr. — ubi Paulus: *Ususfructus in multis casibus pars domini est.*

4) L. 6. D. de servit. praed. rustic.

5) Illud maxime urgeo, usumfructum, nisi debeat ex obligatione, nullum esse. Obligatio autem non modo est, si quid ex stipulatione, seu ex contractu tibi debetur, verum etiam ex testamento. Sed hac de re plenius infra, ubi de servitutis acquisitione per usum et tempus disseremus. Cap. VII. §. 4.

6) Quid sibi velit, auctoritatem habere, vid infra Cap. VII. §. 1.

7) H. Gr. de jure B. et P. Lib. I. Cap. I. §. 4.

§. 3.

De emphyteusi et superficie.

Superficies et emphyteusis verae sunt servitutes personarum ¹⁾.

Superficiariae aedes appellantur, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietates et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum ²⁾.

Superficiarium non haberi pro domino, multis ex locis apparet. Quoniam enim ejus jus et competentia ex locato conducto originem duxit, ideo agnoscere debet domini proprietatem. Quapropter dominus proprietatis et superficiarius hanc actionem invicem habent; sin vero cum extraneo lis de re extiterit, proprietatis dominus ei actiones praestare et cedere debebit; utilitatis tamen causa Interdictum et quasi in rem actionem Praetor pollicebatur. — Nam quin ex ipsa perpetuae locationis conductionis notione et emphyteusis et superficies varias particulas et quasi colorem domini ducerent, vix fieri potuit. — Praeterea superficiarius vectigal seu solarium pendendo auctoritatis dominum agnoscit. — Dominum illum non existimari, etiam ex damni infecti stipulatione manifestum est. Superficiarius enim satisfacere debet, ubi proprietatis dominus repromittit tantummodo ³). — Hac in re SAVINNIUS, ut par erat, auctoritatem ULPIANI admittit.

Eo magis autem mirandum mihi videtur, quod doctissimus vir ei, qui emphyteusin habet, dominium esse statuit. Sed quamquam litem meam facere contra tantum virum in animo non est, juvabit tamen comparationem instituere inter emphyteutae et superficiarii jus, unde colliges, utri

plus ex novissimis Imperatorum constitutionibus juris tributum sit 4). Contractui emphyteutico injunctum est, ut melior fundi conditio reddatur; quod si omiserit emphyteuta, id est, si squalere fundum passus fuerit, jus suum amittet. *Nulla conditio superficiæ inest.* — Uterque et emphyteuta et superficiarius vectigal solvere debent, ex quo, instar conductorum, domini seu locatoris auctoritatem agnoscere videantur. Ast emphyteuta si per triennium in solvendo vectigale cessaverit; commissio, quod penes eum erat, jure, et rei possessio et usus ad dominum proprietatis remigrabit; *Quod quidem in superficie nusquam traditum inveneris.* — Quod vero emphyteuta, quasi possessor civilis, in iis casibus, ubi superficiarius satisfacere cogebatur, repromisit tantummodo, id ex antiquitate originem ducere puto. Similitudinis ratione Imperatores emphyteusin ex iis, quae valebant circa agrum vectigalem interpretabantur. Qui enim agrum vectigalem a municipiis conduxerat aut in perpetuum aut ad tempus tantummodo, utilem habebat in rem actionem adversus quemvis possessorem 5). Tantus favor fuit ejusmodi conductionis; quem quidem ex pecunia securitatis causa municipiis ante solvenda, seu potius ex *praedibus praediisque* a redemptore praestandis pro-

fectum esse puto. — Superficiario, etiamsi perpetuum jus haberet, antequam Praetor Interdictum de superficiebus proposuerat, necesse erat, ex domini auctoritate agere, cessis ab eo actionibus. — Emphyteuseos fons ex jure civili, superficiem ex jure honorario emanasse videtur.

In ceteris Icti nostri unam eandemque utriusque juris possessionem statuunt, veluti PAULLUS in libro XIX. ad Edictum ⁶⁾: *In vectigalibus et in aliis praediis, quae usutapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. — Idem est, et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.*

Sed multis aliis conditionibus emphyteutae jura arctiora sunt, quam superficiarii. Antiquitatis enim temporibus non nisi consentiente domino fundum, in quo jus habebat, emphyteuta alienare potuit; quod quidem Justinianus mitigavit, statuens, si emphyteuta quinquagesimam pretii emtionis partem penderet, fore, ut dominus frustra alienationi repugnaret. — *Ast in superficie nulla istiusmodi conditio inest.*

Superficiem denique, utpote jus perpetuum ^{6b)}, obligari posse, per se intelligitur. Sed, an emphyteusis pignori recte detur? quaeritur. SCAEVOLA respondit ^{7a)}: *si pecunia intercesserit, pignus*

quidem esse; quodsi in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor cessasset, et propterea pronunciatum esset, fundum, secundum legem, domini esse, jus pignoris quoque evanuisse. Ita SCAEVOLA de fundo vectigale, ex sententia Compilatorum *emphyteuticario*: sed an novissimo jure idem statuendum sit, id neque refellere, neque confirmare in animo est, licet inclinemus in SCAEVOLAE sententiam. — Nam creditorem pigneratitium vigilare debere, ne jure suo cadat propter negligentiam domini, etiam in damni infecti stipulatione animadvertitur. Si enim dominus aedificii ruinosae imminentis vicino damni infecti non caverit, creditor ipse satisdet vel saltem caveat, quo retineat jus suum; quod si omiserit, potior erit caussa ejus, qui, ut possideat, in aedes missus fuerit ex secundo decreto. — Superficiarias aedes legitime pignori et hypothecae dari posse, pure, et sine ulla clausula traditur ^{7b}).

Hanc autem SAVINNII conclusionem habes.

genuino antiqui juris conceptu eum, qui alteri fundum emphyteuticarium tradiderit, dominum quidem manere, sed non nisi ex nudo jure Quiritium. Conductorem seu emphyteutam fundum in bonis habere, ideoque esse possessorem.
A JUSTINIANO autem nudo jure Qui-

ritium sublato, emphyteutae merum rei dominium contigisse, quod tamen quibusdam sub conditionibus ad locatorem recidere posset.

Quamvis parum ad nostrum propositum expediat, hac de re contendere, tamen contestari litem cum amplissimo viro, maxime arridet.

Satis vulgaris Doctorum error est, jure Antijustiniano triplicem fuisse dominii descriptionem — I. in Quiritarium plenum, II. in naturale seu bonitarium a Quiritario dominio sejunctum, et III. in nudum jus Quiritium⁸⁾. — Haec demum divisio, qua innititur SAVINNII de emphyteusi sententia, nihil ab aenigmate discrepare mihi videtur. Antiquissimo quidem jure Romano rei vindicatio non nisi ei competebat, cui res ex jure Quiritium erat acquisita, id est, iis modis acquisita, quos aut lex aut consuetudo voluit⁹⁾. Sic nuda rei mancipi, licet ex justa causa praecedente, traditio nihil praeter plenissimum usum et possessionem efficiebat, auctoritate apud venditorem remanente: quodsi rei possessionem emtor amiserat, non nisi ex auctoris auctoritate agere et illius nomine rem vindicare poterat. Sed ei, qui rem in bonis tantummodo habuit, jus civile opitulata est, ita, ut usucapiendo dominium ex jure Quiritium acquireretur. Aucta

civitate, hoc aliquantulum immutatum est, cum Praetor utilem rei vindicationem condonaret ei, cui rem amissam, quam iustar domini in bonis habuerat, recuperandi animus erat. Quid igitur, Publiciana in rem actione stabilita, *bipartitum* hoc domini genus sibi vult, cujus mentionem Icti nostri saepissime faciunt? Est unum solumque, in quo valeat, minime ad vindicationis veniam spectans, sed ad servum manumissum, qui, si ex jure Quiritum manumissoris fuit, manumittendo civis Romanus effici potest; sin vero in bonis tantummodo, aut latinus aut dedititius efficitur. Quod quidem latius patet. Nam Latinus neque tutor, neque haeres scribi potest ¹⁰); ideoque nec servus, qui in bonis tantum fuit testatoris.

Ante ULPIANI tempora legatum per vindicationem, nisi res legata ex jure Quiritium testatoris fuit, inutiliter relictum videtur. Haec enim Icti verba sunt in titulo XXIV. fragmentorum:

Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore ex jure Quiritium fuerunt testatoris, mortis et quando testamentum faciebat; praeterquam si pondere, mensura, numero contineantur; in his enim satis est, si vel mortis duntaxat tempore fuerint ex jure Quiritium.

Sed Ictum hoc loco, ut saepe solet, jus antiquum tradidisse, jam SCHULTINGIUS, praestantissimus vir, monuit.

At forsitan objeceris, esse constitutionem JUSTINIANI: „*De nudo jure Quiritum tollendo.*” — Quod quidem urgentes aut prorsus non legisse constitutionem ipsam aut certe parum perspexisse, audacter contendo. Nam non tripartitum dominiū genus, sed maxime bipartitum Imperatorem ante oculos habuisse, manifesta ejus verba declarant.

Nullam esse, — inquit, — differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex jure Quiritum nomen, vel tantum in bonis reperitur, quia non ejusmodi volumus esse distinctionem etc.; sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus, sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium.

Quamvis igitur per vocem — „*nudus*” — maxime insigniatur id, quod spoliatum, nudatum, vacuum, destitutum est (veluti: *nuda possessio, nuda proprietas*); tamen aliam notionem recipere potest: et quisnam illius constitutionis sensus esse potest, nisi hic est? „*inutilem illis temporibus et inanem dominiū divisionem esse tollendam.*” — Sic enim optime cuncta cohaerent 11).

Sed si concedamus, SAVINNI, quod concedere nullo modo licet, jus Quiritum aliquod strictissimo

sensu ex tua sententia *nudum* illa constitutione esse sublatum; quid demum tibi concessisse nos autumas? Quale enim *nudum* illud jus Quiritum esse potest, si *vacuum illud nomen et vacua ejusmodi rei notio* unquam in jurisprudentia Romana versabatur? Non *jus* habebit ille, penes quem propter alienationem minus rite peractam Romanum dominium, sit venia verbo, remansit, sed *debebit* ei, qui aut amisit rei possessionem, aut cui evictionem minatur alius, ex obligatione inter sese contracta, praestare actiones et auctoritatem. — At vero in emphyteusi longe alia res est. Nam dominus proprietatis directam contra emphyteutam vindicationem, certis saltem ex caussis, habet; ut taceamus de ceteris. An igitur, o SAVINNI, adhuc in tua sententia perseverabis?

Sed emphyteuta ipsius fundi dominus nominatur ¹²). Immo miror, id semel duntaxat Imperatores commisisse. Nam, — quod supra monuimus, — cui omnis possessio, omnisque usus in *perpetuum* debetur, quin is suo et proprio jure uti videatur, et, quin alius eum pro domino habeat, fieri vix potuit.

1) L. 84. §. 4. D. de legatis I. JULIANUS ipse superficiem nominat *servitatem*.

- 2) L. 2. D. de superficiebus. l. 18. §. 4. de damno infecto.
- 3) L. 9. §. 4. D. de damno infecto.
- 4) Vid. tot. Tit. Cod. de jure emphyteutico. — SAVINIUS, §. 8. p. 107.
- 5) Conf. Tit. D. Si ager vectigalis. — cum Tit. D. de superfic. — Vid. quoque l. 15. §. 1. Qui satisf. cog.
- 6a) L. 12. §. 2 & 3. D. de Public. in rem act.
- 6b) Neque tamen semper area superficiei causa in aeternum conducebatur; — l. 1. §. 3. De superf. — sed idem obtinuit in agro vectigale.
- 7a) L. 31. D. de pignoribus. — Hoc loco Justinianei addere omiserunt: *i. e. emphyteuticarius fundus*; nam interpolata haec esse verba, ubi ubi legantur, jam SAVINIUS recte monet. Tit. D. Si ager vect. i. e. *emph.* pet. — l. 15. §. 1. D. Qui satisfacere cog.
- 7b) L. 13. §. 3. De pign. et hypoth.
- 8) Sic etiam HAUBOLDUS in lineamentis Inst. jur. R. priv. etc. §. 431.
- 9) Vid. ULPIANI fragmenta, Tit. XIX.
- 10) Cum Latino nullam esse testamenti factionem ULPIANUS saepissime contendit, nonnunquam tamen contrarium statuens. Reconciliandi rationem suppeditabimus in singulari libro, de difficillimis ULPIANI locis investigaturi.
- 11) Etiam cum constitutione JUSTINIANI „*De Latina libertate tollenda*”; et similibus.
- 12) L. 18. C. de fundis patrimonialibus. — Aliis rationibus impugnavit SAVINIUS sententiam THIBOTIUS (Civ. Abhandlungen 11.); nos ea tantummodo sup-

peditavimus, quae vir clarissimus praetermisit. Sed plus aliquantulum, quam debuit, THIBOTIUS largitus est, cum pag. 277. num. 1. — nonnullos Ictos ante LEONEM *emphyteutae dominium attribuisse, certissimam quidem rem esse*, scribit. — An, quia Imperator emphyteuticarium jus neque conductionis, neque *alienationis* titulis esse adjudicandum statuit? At servitutis quoque promissio et cessio alienationis species est; ne quid dicam de usufructu.

§. 4.

De genuina servitutis significatione.

Quid tam necessarium est, quam certa rerum significatio?

Quamvis Icti nostri in universum omnes servitatem *jus* esse definiant, nonnunquam tamen, contra omnem juris significatum, de singulis servitutum speciebus disserentes magis ad patientiam ejus, qui servitatem debet, quam ad jus ejus, cui debetur servitus, respiciunt. Quod quidem vitium commiserunt, quotcunque sunt, qui, ad *servientis conditionem* respicientes, contendant, „*nullam servitatem in faciendo consistere posse, non dari servitatem faciendi,*” — aut, qui de servitute stillicidii *recipiendi* et de similibus disquisitionem instituere.

Neque ullum tamen inveni in jure nostro exemplum, quo ejusmodi usus et notio defendatur. Nam semper servitus apud Ictos jus significat et conditionem ejus, cui debetur ¹⁾. Eo magis autem mirandum mihi videtur, nostros hac in re errare potuisse, cum in omnibus corporis juris locutionibus tam constans et fixus verbi servitutis animadvertatur usus. Sic enim haberi, contrahi, remitti, recipi, retineri, concedi, amitti servitus, sic servitute uti, utilitas, fructus, stipulatio, traditio, vindicatio et usucapio servitutis dicitur, quibus e contrario respondet usucapio et vindicatio libertatis. Sic in servitutibus non ad fundum, qui servitutum debet, animum intendimus, — quod si feceris, omnes fere servitutes forent rerum, utputa: ususfructus et usus fundi — sed ad fundum respicimus, cui jus competit. Quod sane ita esse debet. Actoris enim primariae vices sunt; secundariae rei. Licet reciproca sit notio obligationis, licet ea designet conditionem ejus, cui debetur, et ejus, qui debet aliquid; primarie tamen non nisi id significare *potest*, cujus rei conditio exactione mihi est. Ille obligationem *habet*; alter *ex obligatione* tenetur, atque *debitio* est. Quod quidem in omni jure in re observatur, utputa in pignore, usufructu, servitute; quae quidem

omnia jus aliquod extranei in re aliena designant respectu ejus, quod rei dominus aut pati, aut sinere, aut non facere tenetur. Nam quod ad conditionem attinet, quae constat inter dominum proprietatis, qui patitur, et alterum, qui habet jus, parum abest, quin obligationis instar videatur, licet obligationis origo vetustate oblitterata sit, licet obligatio sit adversus quemcunque rei dominum et in aeternum valida, — quemadmodum etiam dominii jus obligationem quasi continere dixeris adversus omnes, ut rem esse nostram sinere debeant, id est, ut omnes jus nostrum agnoscant; — quapropter desumpta ex obligationis jure vocabula ad jura in re a Ictis applicata sunt: veluti: *obligatio rerum, debitus servitutis.*

Primarie jus, nec vero patientiam significare servitutem, ex ratione quoque actionis confessoriae et negatoriae patet ²).

Sed is, cui *imposita* servitus est, et qui servitutem *patitur*, jus meum patitur et id ei impositum videtur, ut patiatur jus meum.

At forsitan objeceris, esse nonnullarum servitutum denominationem ita conceptam, ut magis servientis, quam dominantis conditionem designare videantur: veluti: *altius non tollendi* seu *luminibus*

non officiendi. Sed inest in his nuncupationibus ἑλλειψίς quaedam, id est, oratio manca et imperfecta, quae, nisi per ambages, evitari non potest. Quas servitutes si plenius describere Ieti volunt, jus dominantis designant, veluti PAULLUS, qui, servitute, ne luminibus officiat, constituta, hoc — ait — maxime *adepti* videmur, ne jus sit vicino altius aedificare. — Eadem servitutis oneris ferendi ratio est, quam si plenius describere velis, cum ULPIANO describenda ita est: *Servitus, quae oneris ferendi causa imponitur* ³⁾.

Sed quoniam haec luculentissima et apertissima juris apparebunt; plus satis ne fecerim verborum, vereor. Alienum plane tamen non fuit, quia tot tantosque viros, praeter omnes autem FEUERBACCHUM, virum in ceteris omnibus gravissimum, hac in re insigniter errasse video; deinde, quia, qualescunque servitutum species contra earum vim et naturam certare dixeris, etiam contra hunc servitutis significatum pugnam committunt, veluti: oneris ferendi, quam anomalam vocant; — stillicidii *recipiendi vel non recipiendi*, quae nulla in jure nostro est; — et luminum et altius aedificandi. Nam in his omnibus servitus ex falsa interpretatione pro onere et patientia accipitur, ideoque ei attribuitur, quod tribui fas non est. Quas ultimo

loco nominavi, eae sunt, quas FEUERBACCHIUS nova et inaudita ratione explicare conatus est.

1) Non fugit me locus LABEONIS in L. 1. §. 22. D. de aqua et aq. pulv. arc. — ubi haec: „esse eam inferiorum praediorum servitatem, ut natura profluentem aquam recipiant.” — Sed ea vera servitus non est, quia non dominus fundi jus exercet, sed natura suis fungitur vicibus. Quas quidem naturae vices cum Ictus servitatem nominare voluit, necesse erat, ad eum respicere, ad quem onus aquae pluviae pertinet, quia alterius factum nullum cernitur. Nam, quod ad inferiorem fundum attinet, parum abest, quin servitutis esse videatur.

2) L. 4. §. 7. et totus tit. D. *Si serv. vindicetur vel ad alium pertinere negetur.*

3) L. 6. §. 2. eod. L. 4. de serv. pr. urb.

§. 5.

De praediis urbanis et rusticis.

Prima autem servitutis conditio, sine qua consistere nequit, fundus est, cui debetur servitus, quem dominantem vocamus, et fundus serviens, qui debet servitatem. Fundorum autem seu praediorum appellatione omnis ager, omneque aedificium continetur, quippe quod in area positum est, id est, loco sine aedificiis in urbe, qui ruri ager nominatur. Inde quaedam servitutes

praediorum rusticorum sunt, quaedam urbanorum.
Vetus Glossarium divisionem sic explicat:

*Praedia rustica sunt, quae sine aedibus sunt,
sive in agro; praedia urbana, quae aedificia
habent et sunt in urbe.*

Idem porro:

*Servitutes praediorum urbanorum sunt, quae
aedificiis inhaerent; ut mihi liceat lignum immit-
tere in vicini parietem.*

Quamquam in universum nostri hanc distinctio-
nem falsam esse judicant, tamen video, ut de
ceteris sileam, maximum Ictum, ipsum CUJA-
CIUM fragmentum quoddam NERATII interpre-
tantem in hunc quasi ultimae necessitatis portum
confugisse ¹⁾); de quo mox disserendi occasio
dabitur. Claudicat autem haec omnis descriptio,
ut mox videbis.

¹⁾ CUJACII recitationes ad ff. l. 2. de servit. pr. rust.

§. 6.

*De servitutibus, quas nostri dicunt affirmativas et
negativas.*

Melius quidem nostri cum Ulpiano ¹⁾), aliisque
Romanorum Ictis praedia urbana esse quaecunque
aedificia statuunt aut in urbe aut in villis posita,
ideoque inter eos convenit, servitutum vis et

natura non ex loco aut urbano aut rurali, sed ex usu et utilitate aut ad praedium urbanum aut ad rusticum vergente dijudicetur necesse esse. Verum neque hanc distinctionem et definitionem sufficere, leviter quidem rem considerantibus apparebit. An enim, quamvis aedificio maxime debeatur, atque aedificium debeat, itineris seu transitus servitatem praedii urbani unquam dixeris? Quodsi statueris; unam eandemque servitatem et urbani et rustici praedii esse posse, idem statuas, necesse erit. Quid autem tunc omnino discriminis intercederet? quid omnis illa divisio juvaret et expediret?

Maxime nostros video illa NERATHI ex libro IV. regularum enunciatione vexatos ²⁾:

esse praediorum rusticorum servitutes: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum, vel praetorium vel protectum habere licere.

Qui demum, inquiunt, fieri potest, ut rusticorum praediorum servitutibus adenseantur eae, quas aedificiis inhaerere, nunquam negabis? Numne harum ipsarum servitutum species a CAJO in libro VII. ad Edictum provinciale ³⁾ diserte praediorum urbanorum servitutibus adnumerantur?

Infelicissimas multi tentarunt explicationes; quapropter, quoniam neque ullam apud nostros Neratianae sententiae probabilem inveni interpretationem, nos, principiis Romanorum circa servitutes praediorum rusticorum et urbanorum perlustratis et stabilitis, conciliandi rationem in medium prolaturi sumus. Sed prius de servitutibus affirmativis et negativis, quas dicunt, paucissimis disseremus, vulgaresque omnium opiniones refutabimus.

POMPONIIUS in libro XXXIII. ad SABINUM 4):

Servitutum — inquit — non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed, ut aliquid patiatur, aut non faciat.

Qua ex POMPONII regula nostri omnes parum curantes et prospicientes sibi genuinam servitutum notionem duas sibi finxere enunciationes: primam quidem: *nullam servitutem in faciendo consistere posse*, — alteram deinde: *esse omnes servitutes aut affirmativas*, — quae in patiendo, — *aut negativas*, — ut, quae in non faciendo consistenterent.

Immo equidem contendo, nullam servitutem in patiendo, neque ullam in non faciendo consistere posse. Quae enim ratio est, cur patiatur is, qui jus habet? Quodsi POMPONIIUS ait: *non eam esse servitutem naturam, ut aliquid faciat quis*:

non ad patientiam, sed ad ipsum jus respexisse, et id demum ursisse videtur: *non eam esse servitutem naturam, ut ex meo jure cogere possim vicinum aliquid facere.* — Sed haec levioris momenti res est, et, quoniam supra jam falsum verborum significatum et usum reprehendimus, hoc loco severius id perstringendum non est. Ad alteram servitutis descriptionem transeo.

Quid autem, qui de servitutibus negativis et affirmativis disserunt, — ut violatam linguae et loquendi consuetudinem etiam hac in re iis condonem non ad jus servitutis, sed ad patientiam omnino respicientibus, — quid demum, inquam, illa descriptione Romano juri ignota profecisse sibi videntur? An forsan inde, quae sint urbanorum, quatenus rusticorum praediorum jura definiri? an illa NERATII sententia expediri poterit? Quod si dicunt, *negativas* servitutes, — utpote altius non tollendi et similes, — non nisi urbanas amplecti; equidem objicio, eas, quas *affirmativas* vocant, et urbanorum et rusticorum praediorum esse posse, veluti itineris, aquaeductus, quae rusticorum sunt; veluti oneris ferendi, tigni immittendi, quae urbanorum praediorum. Inutilis haec sane omnis distinctio est, quam tamen SAVINIUS quoque tuetur, sed tam prope ad veram et genuinam ser-

vitutum divisionem accedens, ut quem pressa veri vestigia deseruisse mireris ⁵⁾. — Ne dicas, severiores nos et acriores esse in perstringenda re tam levi! — Minime rem levem judicamus falsam loquendi consuetudinem, eandemque ita inveteratam, ut nunquam desinat resistere, verum inveniri.

Quum autem non satis constet, quaenam sint urbanorum, quaenam rusticorum praediorum jura, immedicabilem habeo eorum temeritatem, qui cum quadam gravitate et multa cum confidentia non inutilem dicunt illam distinctionem, quoniam rusticorum praediorum servitutes jam non utendo amittantur, urbanorum vero tunc demum, si factum usucipientis libertatem accesserit; non inanem porro esse divisionem, quia illae pignori dari, hae pignori dari non possint ⁶⁾; et similia. An enim quid vecordius esse videtur, quam in atra nocte titubantem te in Jovis luce incedere jactare? — Illi a Ictis Romanis *relata referunt*; sed quaenam sit causa, cur praediorum rusticorum servitutes pignori dentur, et cur eadem jam non utendo pereant, id nemo eorum neque perspexit, neque demonstravit.

¹⁾ L. 1. Communia praed.

²⁾ L. 2. De serv. praed. rust.

³⁾ L. 2. De serv. praed. urb.

4) L. 15. De servitutibus.

5) Das Recht des Besitzes. §. 46.

6) L. 11. §. ult. L. 12. De pign. et hypoth.

§. 7.

De servitutibus faciendi, habendi et prohibendi.

Quemadmodum autem in dominio tria contineri diximus haec: *habere* — possessionem; *facere et exercere* — usum: — *prohibere* quemcunque a suo — e jure proprietatis confectae ex duobus illis, scilicet, usu et possessione; — ita quoque in servitute, quam prope ad dominium accedens et imperio domini oppositum jus alterius designavimus, inest jus in alieno aut aliquid faciendi, aut habendi, aut prohibendi, ex quo ipsum alterius jus domini circumscribitur.

Primo loco ponimus servitutem eam, quae in *faciendo* consistit. Ex alterius autem faciendi jure circumscribitur et minuitur domini jus. Sed quaenam juris dominici particula potissimum circumscribitur? Jus *prohibendi*, quod in mero dominio est. Pati enim debet dominus, ut alter, tanquam ipse dominus sit, aliquid faciat.

Secundum deinde servitutum genus in *habendo* ponimus. Servitute habendi constituta, quoniam alter in alieno aliquid habet, tanquam ipse dominus

sit, circumscripta nascitur ejus, qui servitum debet, possessio domini, id est, rei, cujus dominum habet. Nam rem suam non ita habet, quam dominum decet, id est, non solus habet. Ex habendi jure, quod penes eum est, cui servitus debetur, alterius patientia, seu potius *sinendi modus* descendit; nam sinere rem ita esse debet, uti jure facta et imposita est. Quodsi servitus habendi nondum fuerit perfecta et imposita, sed adhuc perficienda et imponenda; indolem et naturam servitutis faciendi recipiet. Nam facto opus est, ut perficiatur: quo facto si fuerit perfecta et imposita, ille cui debetur, per habendi demum consuetudinem et rationem *possidebit servitum habendi*. Dominus autem praedii servientis, qui antea pati debuit, servitum imponi, nunc sinere rem ita esse debet. Et licet injuste opus aliquod factum sit, *prohibendi* tamen jus, quod antea penes dominum fuit, confecto opere, re ipsa ei ademptum est. Is enim prohibuisse recte dicitur, qui, quominus opus perficiatur, vel ita fiat, prospexit, nec vero, qui alterius opus jam confectum destruxit, aut destruere alterum coegit. Quare et novi operis nunciationis interdictum non ad opus jam confectum, sed infectum, quod moliturus alter est, pertinet. Quodsi contra

jus aliquis confecerit opus, interdicto: *Quod Vi aut Clam*, aut: *Uti possidetis*, tenebitur ¹⁾),

Tertium servitutum genus, quod in *prohibendo* posuimus, a duobus prioribus plane diversum est; sed, si quae est similitudo, magis accedit ad eam servitutum, quae in habendo consistit, nec vero quod ad acquisitionem attinet, sed, quod ad juris retinendi rationem. — Quemadmodum dominus jus habet prohibendi et arcendi quemcunque a suae rei possessione et usu; ita, hac servitute constituta, ad extraneum pertinebit, ut ipsius domini factum inhibere, et usum rei restringere ei liceat. Est autem haec servitus contraria et opposita illi domini particulae, quam usum, qui facti est, vocavimus.

Sunt igitur, ut paucis totum complectar, servitutes aut faciendi, aut habendi, aut prohibendi; quibus ex adverso, si ad eum, qui servitutum debet, respexeris, respondet aut patiendi, aut sinendi, aut non faciendi modus et ratio.

Praeterea sunt servitutes, quae geminam habere naturam, quae simul et faciendi et habendi rationem recipere videantur, veluti aquaeductus et cloaca; de quibus uberius mox dicemus. — Ceterum ne putes, hanc, quam eruimus, servitutum descriptionem inanem esse ingenii lusum;

absolvit enim ea non modo rem totam, sed latet etiam in fragmentis Ictorum, quod nunc plenius explanabimus.

¹⁾ L. 5. §. 10. L. 11 etc. D. de novi operis nunciacione.

§. 8.

De genuina servitutum praediorum rusticorum et urbanorum significatione.

Quod ad vim et naturam servitutum attinet, haec nostra descriptio absoluta et plane perfecta esse videtur; sed nunc reliquum est, inspicere, quidnam ad explicandam et illustrandam Ictorum divisionem in servitutes praediorum rusticorum et urbanorum valeat. Et leviter quidem rem considerantes jamjam perspectum et exploratum habebunt, Ictos Romanos nullam servitutem *faciendi* loco servitutis *praedii urbani*, neque ullam servitutem *habendi et prohibendi* loco servitutis *praedii rustici* posuisse ¹⁾. Sic titulus Institutionum, qui hoc de jure agit, inter rusticorum praediorum servitutes *potissimum* habet:

iter, viam, actum, aquaeductum,
porro:

aquaehaustum, pecoris ad aquam adpulsum,
jus pascendi, calcis coquendae, arenae fo-
diendae,

quas omnes servitutes *faciendi* esse, nemo unquam negabit. — Inter servitutes praediorum urbanorum numerantur *habendi* servitutes hae:

oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii vel fluminis avertendi,

adduntur porro prohibendi servitutes:

ne altius quis tollat aedes suas, et, ne luminibus officiat vicini.

Digestorum fragmenta his nonnulla ad similitudinem composita addiderunt; veluti:

projiciendi, protegendi, luminum, prospectus, cloacam habendi, altius aedificandi, — et alia istis similia.

Etsi ex his servitutum notis jam colligere liceat, jura praediorum urbanorum maxime eas fuisse apud Romanos, quae in habendo et prohibendo consistant, — rusticorum autem praediorum, quae faciendo cernantur; equidem tamen, cum testimonia exstant, quae facem quasi huic quaestioni praeférant, omnemque amovere mihi videantur dubitationem, conjecturis nihil omnino esse concedendum existimo.

CAJUS in libro VII. ad Edictum provinciale 2).

Haec autem jura — scilicet: urbanorum praediorum, — similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt,

nisi, quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo non utendo pereunt, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat; veluti; si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiat, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixus habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item, si tigni immissi servitutem aedes tuae debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum tignum est, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin, si nihil novi feceris, integrum jus (tuum) permanet.

Cum hac CAJI sententia alia PAULLI ad SABINUM ³⁾ comparanda erit.

Servitutes — inquit — quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet, et si moenianum in tuum immissum habuero, vel stillicidium in tuum projecero, quia in tuo aliquid utor; etsi quasi facto quodam possideo.

Etsi quasi facto quodam possideo? — Immo! id enim est, quod praecedente §pho diximus, servitutes habendi, antequam perfectae et impositae sint, naturam et indolem servitutis faciendi recipere, quia factum praecedat necesse sit, ut habendi servitus conficiatur. Id etiam ejusmodi est, ut futuro aedificio servitus adquiri possit, scilicet areae, — non habendi servitus, sed faciendi, ita ut facto habendi jus constituatur.

CAJUS utramque servitutum urbanorum praediorum speciem in medium protulit, utpote prohibendi et habendi; PAULLUS unam tantummodo, eamque, quae in habendo consistit. Probe enim teneas, Ictos nostros nonnunquam, quamvis in universum de servitutibus urbanorum praediorum loquantur, tamen non nisi de servitutibus habendi sentire; cujus rei exempla infra dabimus. Illa autem servitutum exempla: veluti: *ne luminibus mearum aedium officiat, ne altius tollantur aedes.* Item: *tigni immissi: ad cetera istis similia* trahantur, necesse esse, ipse CAJUS in eodem libro VII. ad Edictum provinciale — auctor et demonstrator est ⁴). Quid nunc esse potest apertius? Quid enim, quaeso, ex PAULLI et CAJII rationibus erit, quo differant urbanorum praediorum jura a servitutibus rusticorum, nisi si et

habendi et prohibendi jus et consuetudo sit, quae quidem tacite opponuntur faciendi licentiae?

Mireris, quod supra diximus, SAVINNIUM, utut ingressus sit, deseruisse statim harum cogitationum viam. Hanc habes ejus sententiam ⁵⁾:

Omnes servitutes aut affirmativas esse (!) ut, quae in patiando consisterent, aut negativas, quae in non faciendo. (!) Sed affirmativas duplicem recipere naturam. Alias enim esse, quae in facto dominantis verterentur, alias ita esse comparatas, ut aliquid in alieno habere liceret. Parum autem abesse, quin haec servitutum descriptio cum alia cohaereret eique responderet. Quaecunque enim servitutes factum quoddam exercentis desiderarent, rusticorum praediorum videri; alteram autem servitutum affirmativarum speciem, quae quasi in possessione alterius, — cui debentur scilicet, — consisterent, atque negativas, ut quae in non faciendo, verterentur, — scilicet, qui debet servitutum, — urbanorum praediorum videri. Sed, quoniam fors magis ferret, quam res id exigeret, ideo in universum non esse verum. (!!)

Romanos autem minus apta servitutum hac distinctione usos esse, non sine causa forsani iis objeceris. Nam servitutes faciendi praediis quoque

urbanis; et habendi prohibendive servitutes rusticis praediis inhaerere possunt. Si enim alter mihi cesserit, jus sibi non esse in confinio agri sui puteum aperire — servandae scilicet aquae meae gratia —; equidem nullus dubito, hoc prohibendi jus, ex sensu juris Romani, *urbani praedii* servitutem nominare. Nihilominus haud absurda rem omnem reconciliandi ratio quaedam erit. Romani enim istam divisionem antiquitus proditam retinuisse, et, re ipsa paululum mutata, notiones verbis supposuisse videntur parum sane aptis et congruentibus, nisi ad prima servitutum incunabula respexeris ^{5b}). Verosimillimum mihi est, juris antiquitate, forsitan jam ante tempora XII. tabularum — si placet tibi — certum fuisse servitutum numerum, et *primo* quidem rusticorum praediorum quatuor illae:

itineris, viae, actus, aquaeductus;

quae etiam postea rebus mancipi adnumerabantur. — Quod autem hae servitutes maxime necessitatis gratia constitui solent, id fulcrum sane nostrae sententiae et probatio est. Praeterea, ubi de servitutibus rusticorum praediorum sermo est, a ictis hae semper in fronte statim nominantur, utpote primariae.

Ad similitudinem aquaeductus, — quae quidem servitus facendi est et simul jus tibi tribuit, ut ex alieno aliquid sumas, compositae sunt innumerabiles aliae, veluti: cretae eximendae, arenae fodiendae, et similes, ita, ut utilitatis gratia unus fundus, ejus rei copiam et abundantiam habet, alteri aliquid impertiat. Tunc exstitisse puto servitudes habendi nonnullas propter utilitatem *aedium* constitutas, veluti: oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii svertendi. Ex quo quidem tempore, ut equidem auspico, et consuetudo loquendi et servitutum illa divisio originem duxere. Auctis denique servitutum conditionibus, propter superbiam aedificiorum et luxum villarum, aliae atque aliae exstitisse videntur, *prohibendi* scilicet servitudes ad aedium amoenitatem maxime spectantes, eaeque ad similitudinem ceterarum conformatae et compositae; et ita factum est, ut hae quoque, quippe quarum plurimae ad aedes pertinebant, vulgari et antiquitus traditae illi distinctioni, nominibus assumtis, relatae sint.

Aliam sequitur UNTERHOLZNERUS in libro nuperrime edito: *de usucapionibus*, rationem ⁶⁾:

Antiquo Romanorum jure servitudes praediorum rusticorum locum non habuisse. Servitutis enim stipulationem juris privatorum esse. Om-

nem autem agrum Romanum fuisse antiquitatis tempore limitatum, et in limitatis agris ipsam agri legem — quasi publicam — dixisse, quemadmodum ager agro serviret.

O felicem tantae scientiae virum! — — Pergit autem ille, qua via ingressus est, antiquiores ducens urbanorum, quam rusticorum praediorum servitutes. — Nobis eum refutare minime lubet, quoniam, qui in re tam obscura, neque ullis antiquitatis designata vestigiis halucinatur, suum quisque jus sibi tuetur; sed nobis etiam in usum loquendi tantummodo hoc loco inquirentibus nostram habere licebit sententiam.

Aquaeductum accedere quodammodo ad naturam servitutis habendi, id est, praedii urbani, jam supra digito monuimus. Qui enim aquam per rivum ducit, et maxime, si aqua sponte sua ad eum pervenit, aut si quis per fistulas seu per opus latericium aquam ducit; in alieno aliquid habere, et quasi per habendi rationem possidere videtur. At non suam et propriam rem in alieno habet, scilicet: aquam; neque ideo servitus aquae constituta est, ut aquaeductum exstructum habeas, sed opus exstrues, ut commodius aquam ducas; ipse autem aquae usus factum aliquod desiderat;

et, licet aqua nunc sua sponte ad te venerit, fieri potest, ut ex aliqua causa ita minuatur, ut arte opus sit ad aquam ducendam 7).

Servitus cloacae immittendae ex altera parte haud dissimilis videtur servituti faciundi. Sed magis est, ut aquae pluviae a superiore fundo profluenti equiparetur, et, ut propter opus cloacae retinendae causa aut in alieno aut usque ad alienam cloacam exstructum, ad habendi, id est, urbani praedii servitutem referatur. Sed dixeris, fistulam seu tubum, seu aliud opus, per quod colluvies fluat, *immittendi* causa esse exstructum, quapropter, si nihil immittas, non utendo amitti hanc servitutem. — Respondi: Praetoris quoque Interdictum *de cloacis privatis* huic servituti praerogativam servitutis praedii urbani attribuisse. Pertinet autem id Interdictum ad salubritatem et tutelam urbis, ita ut quisque cloaca jam utens, *licet vitiose utatur*, in juris quasi possessione a Praetore protegatur, quo minus immunditiis cloacarum pestilens coelum fiat. Urbanorum praediorum servitutum praerogativa autem haec est, — ut jam vidimus ex *CAJI* loco, — ut non utendo omnimodo non pereant, sed tunc demum, si factum usucipientis libertatem accesserit; — qua de positione suo loco disserendum erit.

Haec de servitutibus praediorum urbanorum et rusticorum satis dicta videntur.

- 1) De illa [NERATII] sententia, l. 2. D. de serv. pr. rust. — in sequente §pho dicemus.
- 2) L. 6. D. de serv. praed. urb.
- 3) L. 20. pr. eod.
- 4) L. 2. eodem.
- 5) SAVIGNY das Recht des Besitzes. §. 46. pag. 486. nota 1. — editionis secundae.
- 5b) Multa sane ULPIANORUM, PAULLORUMque jurisprudentia retinuit eorum, quae antiquitus tradita erant, licet ratio ejus juris evanisset. Sic jus, quod marito in dote competit, *dominium* dicitur. Sic, quamquam temporibus ULPIANI juris principium jamjam stabilitum erat: *qui dolo desiit possidere, pro possessore habetur*; nihilo minus satisfactio in actionibus in rem obtinuit. Vid. infra, Cap. VII. §. 10. — Sic denique, civitate cum orbe Romano communicata, parum abest, quin rerum descriptio in mancipi et nec mancipi res inutilis videatur. Supra §. 3. h. Cap. — et infra Cap. V. §. 4. — Facili negotio plura addere possem.
- 6) UNTERHOLZNER Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Breslau 1815. — §. 5. num. 5. Videatur contra UNTERHOLZNERUM CICERONIS oratio pro CAECINA, cap. XIX., ubi haec: *Si via sit immunita, jubet lex, qua velit, agere jumentum.* — quae quidem perantiquae legis verba esse videntur, immo, verba legis XII. tabularum.

- 7) Si alius tibi aquaeductum cesserit, et alius tibi permiserit, per suam domum traduci aquam, opere latericio aquae ducendae gratia facto, haec, quam tibi concessit, licentia, propter meram habendi rationem, habendi, id est, praedii urbani servitus videbitur; sic et ULPIANUS statuit. L. 11. §. 1. D. de public. in rem act. — *At vero, si non utendo aquam amiseris, alteram quoque servitutem, quae quasi accessio propter aquam constituta erat, amittes per consequentiam. L. 17. Quemadm. serv. amitt.* — Idcirco jam fragmentum illud ULPIANI nullius momenti existimo, quantum attinet ad servitutum divisionem.

§. 9.

Neratius defenditur.

Sunt NERATII in libro IV. regularum haec verba:

Rusticorum praediorum servitudes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini; vel cloacam habere licere per vicini domum; vel praetorium vel protectum habere licere.

Haec verba nostros omnes summa turbatione afficiunt, et omnes summas movent turbas. Sic CUJACIUS¹⁾, qui aliter sibi consulere nequivit, statuit in recitationibus ad hunc locum Digestorum, NERATIUM *diversam a ceteris in hac doctrina sequi*

rationem; — quod mihi quidem ferendum non esse videtur.

Postquam autem de servitutibus praediorum urbanorum et rusticorum principia stabilivimus, vix operae pretium ducimus, in hanc Neratii *sententiam* anxie investigare. Fusius enim supra declaravimus, servitutum habendi nondum impositam, sed adhuc imponendam, sapere naturam servitutis faciendi, id est, servitutis praedii rustici, quia, ut PAULLUS loquitur, *facto quodam* possides, id est, quia *facto opus* est, ut incipias aliquid in alieno habere, seu ut servitus habendi *perficiatur*.

Id igitur NERATIUS *regulas juris exponens* monuisse et digito quasi tetigisse videtur, si servitutum habendi insignire velis, rectius te dicere: *habere*, quam *habere licere*, ideoque in propositis speciebus dicendum esse: *altius sublatum habere, cloacam, vel protectum, vel praetorium habere*. Nam quod mihi licet facere, factum nondum est; ideoque, si mihi *licet* altius tollere, servitus habendi imposita non est, sed imponenda.

1) Ita etiam HUBER, VINNIUS, multique alii, qui populari more Ictum locutum esse, statuerunt.

§. 10.

De servitutibus continuis et discontinuis.

Nonnulli nostrorum disserunt de servitutibus continuis et discontinuis. Obscuram incertamque servitutum habendi, prohibendive, atque servitutum faciendi ante oculos habentes notionem, continuam eam esse dicunt, cujus usus et quasi possessio una et continua per se sit; discontinuas autem esse praediorum rusticorum servitutes, utpote, quae, ut possessio retineatur, exercendae sint. Neminem enim tam continentur ire agere posse, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. — — Quamvis, qui illam defendunt distinctionem, PAULLI fragmento quodam inniti videantur ¹⁾; tamen inutilem et falsam puto, cum, quia ipsum PAULLI fragmentum levioris momenti esse existimo; tum, quia alia juris nostri loca longe alium tribuere significatum servituti, cujus continuus usus non sit ²⁾. Ipse enim PAULLUS in libro XIX. ad PLAUTIUM: servitutem, etsi *facto* quodam exerceatur, maxime continuam ducit, dummodo, quocumque temporis momento volueris, exerceri debeat, eam demum non habere continuum usum statuens, quae ita definita et pactis circumscripta sit, ut continuo exerceri *non debeat*, sed aut alternis mensibus

aut annis. — Illae nomine veniunt cottidianarum servitutum, hae aestivarum ³⁾).

Quodsi illam divisionem urgentes nihil aliud voluissent, quam insignire diversam servitutum naturam, mihi quidem haud displiceret. Nam licet minus recte se habeat distinctio, quoniam aquaeductus, quem etiam discontinuis servitutibus adnumerant, discontinue exerceatur, necesse non est; tamen hanc omnium descriptionum, quae a juris enunciationibus recedunt, maxime tolerandam inveni. Si autem id agunt, ut ex illa descriptione ignotas plane juri Romano regulas et principia in medium proferant, — utputa: *ad servitutem discontinuam capiendam immemoriali usu et consuetudine opus esse*; — nihil iis omnino concedendum esse puto, neque quicquam istis opinionibus HUGONEM DONELLUM concessisse videbis ⁴⁾).

¹⁾ L. 14. de servitutibus.

²⁾ L. 7. Quemadm. serv. amitt.

³⁾ Vid. tit. de aqua quotid. et aestiva.

⁴⁾ HUGO DONELLUS, Comment. de jure civili. Lib. XI. cap. XI.

C a p. II.

*Nonnulla, quae Romani circa servitutes posuerunt,
sanxeruntque principia.*

Icti Romani, si legem Scriboniam ¹⁾ excipias, neque in favorem, neque in odium servitutum aliquid constituisse mihi videntur. Sunt tamen nonnulla, quae prorsus servitutum naturae repugnare dicantur, ita, ut, si tale quid per stipulationem superadditum sit, pactum conventum personam quidem, quacum stipulatus fueris, obligatam teneat, nec vero ipsam servitutis naturam immutare queat.

¹⁾ L. 4. §. ult. D. usurp. et usuc.

§. I.

*Servitus commodi aliquid praebere debet dominanti
fundo.*

Et primo notionem servitutis strictissime interpretati sunt ex usu quotidiano loquendi; non esse servitutem statuentes, nisi quae utentibus com-

modi aliquid praerberet. Ad id quoque jam spectat Tullianum illud ¹⁾: *servitatem non esse servitatem, quae non serviret.* — Servire autem: *sibi, suisque rebus utilitatem adferre*, explicat. — Id ergo sententiae inest: *servitatem nullam esse, quae utilis non sit.*

Indubitati igitur juris est, etsi firmissima stipulatione stabilitum sit, nihil valere pactum conventum ad servitutis speciem ita compositum, ut nulla ad te perveniat utilitas ex onere alterius et patientia; immo tales conventiones conditionibus aequiparantur impossibilibus, et civiliter quidem. Quales ducuntur a Ictis conditiones moraliter et naturaliter impossibiles, trita res est; ad conditionem autem civiliter impossibilem pertinet illud POMPONII fragmentum ex libro XXXIII. ad SABINUM ²⁾:

Quotiens neque hominum neque praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti: ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas. Et ideo, si mihi concedas, jus tibi non esse, fundo tuo uti frui, nihil agitur. Aliter, atque si mihi concedas, jus tibi non esse, in fundo tuo aquam quaerere, minuendae meae aquae gratia.

56 Cap. II. Nonnulla, quae Romani

Haec enim prohibendi, ideoque, quod supra monuimus, praedii urbani servitus est, eademque vera sinceraque, quoniam ex omisso alterius facto, quod alias in suo ei facere licuerit, melior mei fundi causa fieri potest, aut certe deterior non fit. Semper enim, quod probe considerandum est, in servitutibus illius; qui debet, jus diminuitur, alteriusque augetur ³⁾.

Quoniam autem praediorum causa servitutes constituuntur, melior ut fieret ipsius praedii conditio, necesse judicarunt, prorsus, quod ad hominem, qua talem spectaret jus, rerum servitutem negantes. Quicquid igitur ultra fundi usum servitutis nomine in stipulationem venit, ususfructus magis erit; item, si id, quod in stipulationem deductum, fundo usui esse desierit, jus quoque servitutis evanescet. Quatenus autem servitus *fundo* servire debeat postea monstrabimus.

¹⁾ CICERO pro PLANCIO c. 12.

²⁾ L. 15. De servitutibus.

³⁾ L. 2. §. 9. De novi operis nunciat. L. 26. De damno infecto.

§. 2.

An voluptatis gratia servitus constitui possit.

Magnam inde inter Ictos nostros, gravemque litem video motam, an voluptatis et amoenitatis gratia servitus constitui possit; quam quidem rem, praecedente CUJACIO, THIBOTIUS¹⁾, vir ornatissimus, oppugnatis GERARDI NOODTII rationibus, penitus decedit. Sane enim fieri potest, ut ex jure ita constituto ipsius fundi melior et *amoenior* conditio efficiatur. Urbanorum praediorum quoque servitutes, et eae quidem maxime, quae in prohibendo consistunt, plerumque amoeniorum reddunt praedii dominatis conditionem, utpote: servitus, *ne altius tollantur aedes, ne prospectui officiantur*. Sed haec amoenitas singularis hominis non est, sed fundi et uniuscujusque, qui eum fundum possidet. Verum, ut PAULLI exemplo utar, — *ut pomum decerpere liceat, ut spatieris, ut coenes in alieno*²⁾, — servitus non dabitur, quia ejusmodi tibi concessum jus ipsius fundi neque amoeniorum neque utiliorum rationem reddit, sed importunae hominis lubidini et genio indulget. — At vero aquam ducere ex alieno, quamvis jam tibi abundans supra necessitatem sit, ex servitute, quoquo modo imposita, licebit, neque intererit, utrum necessitatis vel utilitatis gratia, ad irrigandos

agros et hortos sitientes ea utaris ³⁾, an amoenitatis et voluptatis gratia, veluti, si aquam salientem in horto tuo effeceris. Utilitatis tantummodo sit ratio, ut in hoc, quod dedimus exemplo, aqua, quam magni pretii Romanos aestimavisse scimus. — Sic, si quae in jure nostro contrariae sibi obvenerint sententiae, conciliandi ratio erit.

¹⁾ CUIACII recit. ad ff. l. 8. de servitutibus. — THEBAUT'S Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 1. Abhandlung, contra NOODTIUM, Probabil. I. 2.

²⁾ L. 8. de servitutibus.

³⁾ L. 19. eod. l. 1. §. 11. l. 3. pr. D. de aqua cottid. et aestiva.

§. 3.

De perpetua servitutis causa.

Ad hoc Romanorum circa servitutes principium accedit et pertinet aliud: *causam servitutis debere perpetuam esse.* Quenam autem perpetua causa intelligitur? — Primum equidem respiciendum esse puto ad id, quod ad quibusdam, — Grammaticorum more, — subjectum et objectum servitutis dicitur id est, ad fundum, cui debetur servitus et ad fundum, qui debet servitutum. Deinde respicias ad ipsum servitutis finem, et

postremo ad rem, quae in servitutis stipulationem venit.

Si ad praediorum naturam animum adverteris, statim iudicabis, rusticorum praediorum perpetuam causam legibus naturae inniti, nec vero urbanorum. Nam quod PAULLUS dixit, aedificium nullum tam posse firmiter extrui, ut in aeternum staret, vix erat, quod monere debuisset. Aedificiorum perpetuitas alia innititur ratione, scilicet civili. — Prospexit enim lex civitatis, ne domus ruinosae fierent; officio Aedilium continebatur, studere, ne domorum parietes caduci essent, sed ut domini emundarent et extruerent, ut denique dominos, quousque firmos effecissent, multarent ¹⁾. Ad officium quoque curatoris reipublicae, PAULLO teste ²⁾, spectabat, ut dirutae aedes extruerentur. Postremum reputa tecum, licere vicino adigere vicinum ad reficiendas aedes ruinosas et damnose in aedes ejus imminentes ³⁾. — Sed etsi aedes, quibus servitur, corruerint, tamen reffectis aedibus reviviscet servitus, seu potius habitus servitutis, utpote non iis aedibus tantummodo debitae, quae nunc sunt, sed futuris quoque, et ipsi areae ⁴⁾. Simili ratione non debent eae tantummodo aedes, quae nunc sunt, servi-

60 Cap. II. Nonnulla, quae Romani

tutem, sed futurae quoque et area ipsa, id est, quicquid in area positum habueris.

Sed ad variam servitutum praediorum urbanorum naturam respiciatur necesse erit. Habendi enim servitus duplicem recipit rationem. Aliud est, habere rem in alieno, et aliud, habere rem suam ita, quemadmodum nisi servitus fuerit, habere non liceat. Prioris generis sunt: *oneris ferendi, tigni immissi, stillicidii avertendi servitutes*: — alterius: *fenestrarum, altius tollendi*. Haec infra uberiorius explanabimus. — —

In prohibendi autem servitutibus alia ratio est. Si enim alter, qui mihi debet, ne luminibus mearum aedium officiat, aedificium, quod servitutum debet, deposuerit; plus aequo, id est, plus, quam debuit, efficiet lumen ⁵⁾.

Ex his igitur jam videre licet, qua demum ex ratione urbana praedia perpetuam habere causam dicere possis.

¹⁾ L. 1. §. 1. de via publica.

²⁾ L. 46. de damno infecto. — — Quin etiam, ex publico pecunia suppeditabatur ei, qui sumtibus refectionis par non erat.

³⁾ Vid. tit. tot. De damno infecto.

⁴⁾ L. 20. §. 2. l. 31. de serv. pr. urb. — SELCHOWITZ diss. de servitute altius tollendi. §. 35. ZACCHA-

RIADIS diss. de servitutibus, in HUGONIS Civil. Mag.
Tom. II.

5) L. 17. §. 1. l. 31. De servit. praed. urb.

§. 4.

De servitutis fine.

Nunc respiciendum erit ad finem servitutis. Utilitatem autem, quae ex alterius patientia pervenerit ad tuum fundum, finem servitutis esse cognovimus. Quodsi servitutis utilitas plane desinit esse, servitus quoque esse non potest.

JAVOLENUS in Libro X. ex CASSIO ¹⁾:

Certo generi agrorum — inquit — adquiri servitutem posse, veluti vineis, — utputa, ne desint pedamenta —; sublatis vero vineis, manere tamen servitutem, nisi in contrahenda servitute aliud actum fuerit.

Causa, cur haec servitus maneat, haud procul sita videtur; nam pedamenta in alium fundi usum converti possunt. — POMPONIUS autem ex LABEONE proponit speciem, ubi servitutis utilitas plane desinit esse ²⁾.

LABEO ait: si is, qui haustum habet, per tempus, quo servitus amittitur, ierit ad fontem, neque aquam hauserit, iter quoque eum amisisse.

Ad hoc exemplum innumerabilia alia fingi possunt. Fac enim, alicujus pratum prope ad mare situm esse, ad quod per alterius fundum viam habeat; maris impetu avulsum est; an viae servitus manebit? Nullo modo.

1) L. 13. De serv. praed. rust.

2) L. 17. Quemadm. serv. amitt.

§. 5.

Res in servitutis stipulationem venientes debere esse perpetuas, jure quidem antiquo.

Nunc ad illam, quam Icti potissimum sentiunt perpetuam servitutis causam, adgredimur, utpote ad res, quae in servitutis stipulationem veniunt. Regulam ipsam autem Icti nostri ex his PAULLI verbis composuerunt 1).

Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit.

Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat; neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit; at, quod ex coelo cadit, etsi non adsidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. —

Omnes autem servitutes praediorum perpetuam causam habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest.

In hunc PAULLI locum immensos Icti nostri commentarios scripserunt; nobis anxie scrutari non lubet, quoniam ex iis, quae dicta jam sunt, sponte sua emanabit explicatio. Servitutis jus vi ipsa perpetuum est. Quid igitur est, quod miremur, res, quae aut usu et tempore, aut aestatis vi consumantur, ipso jure in servitutis stipulationem venire non posse? Ex lacu, stagno, piscina viva aqua carentibus servitus concedi non potest, quippe quae et exarescere possunt solis ardore et confici usu. Item, ex iisdem fere rationibus, neque ex cisternis, quae imbribus concipiuntur²). Nam licet aqua pluvia perpetuam habeat causam, tamen, ubi collegeris aquam, perpetuitatis notio evanescit, quia ea res, quae antea quasi omnium fuit, tua facta est. — Quodsi PAULLUS dicit, id, quod manu fiat, perpetua causa carere, hoc quidem exemplo antlia in *fundo serviente* et sumptibus ejus, qui jus concessit, posita intelligatur, necesse est, id est, machina ad hauriendam tollendamque aquam apta. Quodsi ex coelo aqua veniat, perpetuo id fieri existimari statuit, quoniam ex naturali causa fiat. — Sic enim, quodcumque pluit, sua sponte aqua pluvia ad te pervenit.

Exempla igitur, quae in servitutibus perpetuae causae existimandae sint, adferre juvabit. Habendi

64 Cap. II. Nonnulla, quae Romani

jure constituto, id, quod servitute mihi praestat, perpetuum esse debet, veluti in servitute oneris ferendi paries, qui civili quidem ratione perpetuus habetur. — In servitutibus faciendi id, quod factum meum sentit, per se perpetuum est, veluti in servitute itineris, viae, fundus ipse, qui servitute praestat; item finis adsit, id est, utilitas servitutis. In servitute aquaeductus vivus fons esse debet. Quid autem dicendum est in servitute arenae fodiendae? Quamvis hujus servitutis exercitio ipsum fundi servientis corpus minuatur, id tamen nullius momenti videtur, quoniam nunquam periculum erit, quin ipsa fundi substantia evetatur. — In servitutibus prohibendi ea res per se perpetua est, quae utilitatem nobis praestat, seu propter quam servitute stipulati sumus, veluti in servitute, ne luminibus officiat, aer et lux ³). — Aliter forsitan statuendum erit, in exemplo, quod supra posuimus, si quis alteri cesserit, jus sibi non esse aquae quaerendae, scilicet, alterius aquae gratia. Quodsi aqua ejus, cui servitus debetur, omnis exaruerit, sublata servitutis causa, servitute ipsam evanescere dicendum erit; — nisi forte objicias, aquam ad suas venas redire *posse*; quod tamen, praeterlapso statuto tempore, minus probo, sed conjicio, alterum, qui servitute debuit, si novum opus moliri voluerit, non esse impediendum.

Neque praetermittendum est, Romanos de stricto jure multum remisisse. Sic aquae ducendae servitus proprie non nisi ex capite fontis constitui potuit, postea tamen ex quocunque loco concedebatur. Dubitatum etiam vides, an castello, ex quo per rotam aqua tollitur, servitus aquaehaustus imponi possit. Obtinuit autem, tuendum eum esse, qui hoc jus legitimo modo possideret. Verum id ita non erit accipiendum, quasi noviore jure Romano vanum sit illud de causae perpetuitate principium. Nam, nisi vivus fons erit, ne Interdictum quidem tuendae possessionis gratia propositum valebit 4).

THOMASIVS 5) illud Romanorum de perpetua causa principium valde absurdum esse opinatur. Quod vero doctissimus vir hoc maxime adhibuit argumentum: *iter, actum, viam, pecoris ad aquam adpulsum, aquaehaustum, neque adsidue fieri, neque sine facto hominis unquam exerceri, ideoque perpetua causa ea omnia carere*: id multo absurdius esse existimo. Nam urbanorum quoque praediorum servitutes, quae in habendo consistunt, quasi facto hominis possidentur, quod supra docuimus. Sed fugit doctissimum virum, in fundo *serviente* perpetuam causam positam esse debere.

66 Cap. II. Nonnulla, quae Romani

Fatendum autem erit id, quod res est, THOMASIIUM, falsis licet rationibus innixum, non sine aliqua causa in dubium vocasse illud principium, quippe quod ita non valet, uti plerique autumant. Quaenam enim in universum perpetuitatis causa esse potest, nisi nostram illius positionis adhibueris explicationem? et quamquam nos non absurdum putavimus, ea, quae omnino circa servitutes obtinent, hoc loco tradere et ad illam regulam adnectere; tamen Icti Romani tunc demum, ubi de *aqua* disseritur, hoc in medium protulere principium.

1) L. 28. de serv. praed. urb.

2) L. 1. §. 4. de fonte.

3) Vid. de his quoque HUCONIS DONELLI Comment. de jure civ. Lib. XI. cap. II et III.

4) Cit. l. 1. §. 4. de fonte.

5) THOMASII diss. de servitute stillicidii. §. 30 et 31.

§. 6.

Ex jure servitutis eum, qui debeat, ad faciendum omnino adigi non posse.

Atque cum his, quae hucusque a nobis tradita sunt, arctissime conjuncta est illa fere primaria in servitutibus regula: *earum non esse naturam, ut is, qui debeat servitutem, faciat aliquid, sed ut patiatur*

in suo, ut sinat, ut non faciat. Quod quidem, ut supra jam notavimus, nostri omnes ad unum falso sic enunciaverunt: *nullam servitutem in faciendo consistere posse.*

Sunt autem, qui dubitent et disputent, quae-
nam ratio subsit huic regulae, quam sine valido juris
argumento, quamque temere a Romanis prolatam
arguant. — Sed vehementer errant. Notissimi enim
juris est, nullam obligationem, nec, quicquid ex
contractu nobis debetur, personam obligatam
egredi; neque obligationis in jure cessionem, ex-
ceptis quibusdam casibus, simpliciter valere, sive
debitoris, sive creditoris persona immutetur ¹⁾);
ne jus quidem vel obligationem alteri per liberam
personam adquiri posse, — unde fictio de dominio
litis originem duxit. — Quicumque igitur ex
contractu seu stipulatione ad facti praestationem
obligat vicinum praeter id, quod ex servitute pati
debet, id tantummodo agit, ut ipsum, quocum
contraxit, ejusdemque successorem universalem,
si in contracta servitute id actum fuerit, obligatum
teneat, minime vero singularem rei successorem,
utputa emptorem, quocum, ut perduret, nova
contrahenda obligatio erit. Nec tamen in eum,
qui sese subduxit, aut facta rei alienatione, aut alio
quoquo modo, obligationi, faciendorumque prae-

68 Cap. II. Nonnulla, quae Romani

stationi, actio tibi ademta est, sive ex stipulatu convenias *per incerti conditionem*, sive in factum aut doli mali actione utaris.

Hocce jam ex principiis juris Romani statuemus; licet nullum, quod ad servitutes attinet, fragmentum nobis proditum esset ²⁾. Eo magis autem mirandum esse videtur, quod HOEPFNERUS primum tam prope ad id, quod hac in re verum est, accedens, subito recta investigandi via relicta, nullam illi regulae inesse rationem contendit ³⁾.

¹⁾ Vid. e. g. ULPIANI fragm. tit. XIX. §. 10—15. — Etiam de hoc Icti loco plenius disseremus in singulari libro de difficillimis fragmentorum sententiis. — Vid. quoque MÜHLENERUCHII mei diss. de jure ejus, cui actionibus cessit creditor. Rostochii MDCCCXIII. p. 16.

²⁾ L. 15. §. 1. de servit. l. 12. de annuis legatis.

³⁾ Comment. ad Inst. §. 351. — Vid. autem WEBERI, clarissimi viri not. 2. ad illam §phum, ibique cit. auctores.

§. 7.

De fundorum vicinitate.

Fundi autem, ut servitus constituatur et, ut servitutis possit esse utilitas, aut contigui aut vicini esse debent. Quamvis Romani omnino statuerint,

si fundi vicini non sint, non nisi per fundum intermedium servum propagari servitatem; hoc tamen in universum verum non est, sed magis ad faciendi servitutes pertinet ¹). Videamus itaque, quid in omni rerum genere res ipsa poscat, ad variam servitutum naturam attendentes. Nam hic quoque animadvertere licet, absolutam esse et perfectam illam distinctionem in habendi, prohibendi et faciendi jus. Habendi enim jus maxime vicinitatem, ne dicam contiguitatem, desiderat, quoniam rem meam, per quam habeo servitatem, in alieno habeo, ita ut fundi mei cum fundo vicino quasi conjunctio sit, veluti in servitute oneris ferendi, tigni immitendi. In projiciendi quoque servitute mea res in alieno esse videtur, quia projectum fundo vicino, cujus et aër est, superpendet. Una servitus altius tollendi, per quam habeo altius aedificatum non in alieno, sed in meo fundo, hujus regulae exceptionem facere videtur. Haec enim servitus revera a ceteris discrepat; atque parum abest, quin praecipitanter nunc eam explicem; quod autem ex re est, ex sequentibus concernas. In prohibendi servitutibus fundus intermedius servus sit, necesse non est, sed sufficit, utile sit, servitatem imponi. Sic PAULLUS statuit ²):

Haec servitus et ei, qui posteriores aedes habet deberi poterit; et ideo, si inter meas et Titiae aedes tuae intercedant, possum Titii aedibus imponere, ne liceat ei altius tollere, licet tuis non imponatur, quoniam, donec tu non extollis, est utilitas servitutis.

Sic alius quoque PAULLI ³⁾ locus ex libro I. Manualium explicari potest, qui nobis quidem, antequam hanc ratiocinandi viam ingressi eramus, satis impeditus videbatur.

Nemo — inquit — propriis aedificiis servitutem imponere potest, nisi et is, qui cedit, et is, cui ceditur, in conspectu habeant ea aedificia, ita ut officere alterum alteri possit.

Legimus enim modo ante hoc fragmentum: *servitatem — scilicet — ne luminibus officiatur — imponi non posse, si aedes tantum distent, ut prospicere non possint. — Quid nunc apertius esse potest? — Servitatem altius tollendi autem is habet, cui, cum antea altius tollere non liceret, vicinus hoc condonavit. Quemadmodum vero remotiores aedes debere possunt, ne altius tollantur; sic quoque remotiores et distantes ulterius aedes altius tollendi servitutem habere possunt. — Haec autem summa est: talem esse debere naturam et situm fundorum seu loco-*

rum, ut alter fundus ab altero, servitute constituta, percipiat utilitatem ⁴⁾).

¹⁾ L. 7. §. 1. de serv. pr. rust.

²⁾ L. 7. §. 1. Communia de serv. L. 5. Si serv. vind.
L. 1. de serv. pr. urb.

³⁾ L. 39. de serv. praed. urb.

⁴⁾ Ita bene ZACCHARIADES, in diss. cit. §. 12. apud
HUGONEM, Civ. Mag. Tom. II. p. 342.

§. 8.

Servitutum fundo servire debere.

Quantumvis autem omnis servitutis utilitas ad te, ut dominum, revertatur, tamen, quia non propter te, nec, quod ad tuam personam, sed ad meliorem fundi conditionem efficiendam, jus constitutum est, non ultra, quam utilitas et usus fundi exegerit, exercendum erit. Respiciamus enim ad primordia servitutum et ad primas quasi efficientes causas, en, *naturales*, veluti aquae pluviae, aut *civiles*, et ad primi possessoris necessitatem spectantes, veluti viae, id est, exitus ex suo et aditus ad suum fundum. Mox ad utilitatem res extendebatur, mox ad amoenitatem. Nunquam tamen obliviscebantur Romani Icti: *fundum fundo servire*, nec vero hominem fundo, — quod modo, exposuimus, — nec fundum homini, qua tali, de quo

nunc disseremus. Quocunque igitur, ut repetam, quod ad necessitatem, quod ad utilitatem, quod ad ipsius fundi amoenitatem attinet, servitute ita constituta, uti licebit, quam si ultra extendas, ususfructus erit, qui non rem sequitur, sed cum persona exspirat. Egregie id PAULLUS per exemplum illustravit, quod Compiler ad aliud ULPIANI fragmentum junxit, ejusmodi argumenti: — *servitutum non posse ultra constitui, quam quatenus ad ipsum fundum opus sit.* — Nunc apte Justinianeus alterum loquentem facit hunc in modum ¹⁾: —

veluti: si figulinas quis haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur; — sicuti in quibusdam fieret, ut amphoris vinum eveheretur, aut ut dolia fierent, vel tegulae ad villam aedificandam. — Quodsi, ut vasa venirent, figulinae exercerentur, ususfructum esse. — Item longe recedere ab ususfructu jus calcis coquendae, et lapidis eximendi, et arenae fodiendae, aedificandi gratia, quod in fundo sit: item silvae caeduae, ut ne pedamenta in vineis desint. Quid ergo, si praediorum haec meliorem causam faciant? Non esse dubitandum, quin servitutis sit.

Liceat ad hoc exemplum aliud conformem. Terra in tuo defoditur, ex qua vitrum Sinanum, quod

porcellanum appellatur, percoqui possit. Tibi autem ergasterium instituenti deest, qua ad illius confectionem opus est, arena, quae cum in vicino agro candidissima et pretiosissima inveniatur, servitutum arenae fodiendae cum vicino stipulatus fueris, ita ut, quantum satis officinae tuae, ex alieno sumere liceat. Et quaeritur, an ea servitus, an ususfructus videatur? Atque ex illo PAULLI exemplo certe respondendum, usumfructum non esse, sed servitutum, quoniam materia illa, ex qua vitrum Sinanum conflatur, per se jam utilis usu, mixtura arenae utilior tantummodo reddatur, ideoque ex tali arenae fodiendae servitutum consuetudine ipsius fundi melior causa et usus existat. Quod quidem et parum contra servitutum naturam esse videtur. Nam licet ipsarum rerum, quae servitutum nomine debentur, ususfructus non sit, neque fructus nomine debeantur, ita, ut ipsas quasi a commercio ejus, cui servitus debeatur, exemptas res dixeris; nihilominus tamen ex *ipso servitutum usu* fructus veniunt. Fac enim, te habere jus in alieno pinguem fodiendi terram ad pinguefaciendos agros tuos, — aut calcis sumendae ex alieno pratis tuis purgandis, — numne, si ager tuus pinguior redditus pinguiore reddat fructus, sic quoque servitutum fructus veniunt? Quid? an

fructum, id est, redditum esse statues, nec ne, si quid pluris ob gratum et amoenum, qui ex servitute debetur aedibus, prospectum locator a conductore pensionis nomine acceperit? Quid dicendum est de servitute pascendi? Manifesta haec et apertissimi juris sunt.

Ut vero ad illam, quam modo proposuimus, speciem redeamus, an iudicium forsitan mutabis, si dominus fundi, in quo *arena* illa condida defoditur, jus sibi paraverit, ut ipse ad exercendam ejusmodi officinam ex alieno *Sinanam* terram eximat? Nostro quidem iudicio servitus personae magis, quam rei videtur. Nam, — quod et ex *PAULLI* exemplo colligere licet, et ex ipsa servitutum natura, — interesse putamus, an accedat aliquid rem principalem, an principalis res sit, quae ita in stipulationem deducatur, ut ejus fructus sit. Vasa, quibuscum vinum seu oleum venditur, principalis res non est, neque in eo, quod dedimus, exemplo, arena; accedere potius videntur ad rem principalem. Etsi enim maxime candida et pretiosa sit, tamen ex sola arena ergasterium porcellanicum institui non potest, cum principalis vitri porcellani pars terra Sinana sit.

Quodsi is, qui ad exercendum ejusmodi ergasterium arenae fodiendae servitutum sibi com-

paratam habet, postea neglexit et sustulit fabricam, an servitus manet? Respicendum esse puto ad id, quod actum est. Si enim in lege agri ita dictum est: *quantum satis officinae*, sublata officina servitatem evanescere existimo. Sed si simpliciter servitutis mentio facta sit, aut: *quantum satis usui*, rectius videbitur, sublata licet fabrica, eam, quatenus arenae ad ipsum fundum usus sit, manere servitatem. At vendere, locare, donare, usufructui dare arenam, arenaeque usum, non licebit; quin etiam cum fundo, aut cum fabrica licebit, quia nihil interest, an dominus fundi, cui servitur, ipse, an alius nomine ejus possideat, exerceatque servitatem.

Quodsi aliquis usum ejus rei, quam servitutis jure habere non potest, tamen ita habere velit, ut tutus sit, ne amittat jus, qua demum ratione sibi prospiciendum erit? Ob tantam pecuniam, quanta emerit usum rei, ipsum fundum servientem sibi obligandum curet, ita, ut quilibet successor singularis usum in fundo suo exerceri patiatur, aut, ut PAULLUS ²⁾ loquitur, quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur. — —

Quod igitur vulgo traditur, fructus in servitute non venire, id ita erit accipiendum, ut, nulla

adhibita nec consumptione, nec adjunctione, nec confusione, res ipsae, quales quales sunt, venire non possint fructuum nomine, veluti: *si quis viam habens per alterius fundum, aliis viam concedendo, vectigal quoddam capere vellet.*

¹⁾ L. 5. ad fin. L. 6. De serv. rust. pr.

²⁾ L. 12. de pignoribus. — Quod quidem fragmentum infra plenius explicabitur. THIBAUT'S Civil. Versuche, 1. Band 1. Abhandlung, ad finem.

§. 9.

Qui fructus servitutis esse dicuntur.

Technicum quasi verbum est: *utilitas servitutis*. At fructuum quoque fit mentio; sed longe alia ratione, quam, quae fructuum plerumque notio est. Quanti enim interest agentis servitute non prohiberi, id est, quantum pervenisset commodum ad dominum servitutis et quantum evitasset damnum servitute non prohibitus, fructuum nomine id venit. Item e contrario, si quis contra jus servitutem occupaverit, agi potest ad id, quanti interest, *non usum fuisse servitute adversarium*; et id quoque fructuum nomine venit ¹⁾. — Haec, quamvis pusilla videantur, omittenda tamen plane non erant.

¹⁾ L. 4. §. 2. l. 5. §. 6. Si serv. vind. — l. 19. de usur. et fruct.

§. 10.

Servitutum esse individuum.

Quemadmodum autem servitutis jus perpetuum est, ita servitus quoque una ac tota est, neque divisionem recipit. Qua in regula varia sunt, quae perpendas. Primum enim servitus divisionem non recipit, quod ad juris exercitium, et ad rem, quae in servitutis stipulationem venit; deinde, quod ad fundos attinet, totum dominans praedium exercere, totumque serviens pati servitutum traditur; — qua in re tamen respicias ad diversam servitutum indolem, — postremo, etsi aut serviens aut dominans fundus plures domini socios habeat, tamen, quia dominium unum ac indivisum intelligitur, ad unumquemque dominorum una quoque ac tota servitus spectare intelligitur; quapropter, si unus servitute usus est, ceteri non, unus, qui usus est, ceteris jus retinebit, fundi nomine. De his igitur, quas proposuimus, speciebus, breviter disserere lubet. — Quod enim Icti Romani statuunt: pro parte domini servitutum neque *adquiri*, neque *remitti* posse, — ex hoc quidem exit, sed aliud quoddam est, et ad inutiles servitutum stipulationes referendum.

Et hoc quoque loco non dispiciendam esse puto distinctionem in faciendi, habendi et prohibendi

servitutes. Nam quas ultimas nominavi, divisionem prorsus non recipere, per se intelligitur, quia ipsa ejusmodi servitutis possessio continua, si serviens nihil contra servitatem fecerit, nunquam interpellabitur. Habere simul et non habere; prohibere simul et non prohibere, — inimica sibi invicem inter se pugnam committunt. Nam una ac tota servitus, aut nulla erit; quod quoniam manifestum per se intelligitur, urbanorum praediorum servitutum Icti Romani de indivisa servitutum natura disserentes, ne mentionem quidem fecere. Rusticorum autem praediorum, seu faciendi servitutum alia ratio est; primum, quia alio atque alio modo exerceri possunt; deinde, quia ipsum servitutis exercitium interdum quiescit. Nihilominus una ac individua faciendi quoque servitus est, non quod ad factum et juris exercitium, sed quod ad juris naturam et rem servituti subjectam attinet.

His, quae monere necesse judicavimus, praemissis, ULPIANUM audiamus ¹⁾):

Una — inquit — est via, etsi per plures fundos imponatur, cum una servitus sit. — —

Non possum me continere, quin Ictum reprehendam, cui rectius sane haec utenda ratio fuit: —

unam esse *servitatem* viae, licet per plures fundos impositam, cum *una* via sit. — Pergit autem bene hunc in modum:

Denique quaeritur: an, si per unum fundum iero, per alium non, per tantum tempus, quanto non utendo amittitur: an retineam servitatem? Et magis est, ut aut tota amittatur, aut tota retineatur. — Ideoque si aut nullo usus sum, tota amittitur, si vel uno, tota servatur.

1) L. 18. de serv. praed. rust.

§. 11.

Quid sit, quod servitus ad omnes fundorum partes referatur.

ZACCHARIADES ¹⁾ in libro, quem jam saepe laudavimus, simpliciter et quantum scio, primus tam simpliciter, quasi res per se clara explicatione non indigeret, statuit: *servitatem ad omnes fundi partes pertinere*. Sed haec regula non ejusmodi est, ut ne modus in servitute constituenda adjici possit. Fac enim te habere servitatem tigni immitendi; ea tantummodo aedium vicinarum pars serviet, ubi tignum immissum est, ceterae partes liberae sunt: sic e contrario ei tantummodo aedium tuarum parti servitur, ex qua tignum in alteras aedes immissum est; ceteris partibus nihil debetur. Eadem pro-

80 Cap. II. Nonnulla, quae Romani

hibendi servitutis ratio est, utputa: si tibi competit, ne alter certam aedium partem altius tollat: aut: — ut luminibus tuis, quae nunc sunt, ne officiat. — Eadem demum ratio est servitutis faciendi seu praedii rustici, veluti: si concessum tibi est, non nisi ad certam fundi partem aquam ducere. — Jam ex his colliges, non in universum illius regulae locum esse.

Pertinet autem ea potissimum ad *iter, viam, actum, pecoris ad aquam adpulsum* et jam a XII. tabulis profecta videtur; quod ex CICERONIS oratione pro A. Caecina ²⁾ perspicere licet, ubi de aequo jure et de juris interpretatione orator philosophatur. Haec ejus verba:

Si via immunita sit, jubet lex, qua velit, agere jumenta:

ex similibus Digestorum fragmentis lucem capiunt, et haec iterum illustrantur TULLII verbis, qui monet, civilem et benignam, nec vero absurdam esse adhibendam legis interpretationem; posse enim ex legis verbis intelligi, licere, si via in Brutiis sit immunita, agere, si velit, jumentum, per M. Scauri Tusculanum, id est, per remotissimum praedium. — Similiter quoque JAVOLENUS in libro X. ex Cassio ³⁾:

Si iter actusve sine ulla determinatione legatus est, modo determinabitur, et qua primum iter determinatum est, ea servitus consistit, ceterae partes agri liberae sunt.

Alio SABINUS et CELSUS utuntur exemplo 4):

Quemadmodum enim, servitute simpliciter cessa aut relicta, rivum primo per quamlibet fundi servientis partem ducere liceat, — modo civiliter, id est, ex aequo, et cum minimo servientis detrimento id fiat, cum dominans aequae commode per alium locum ducere possit, — et quemadmodum, posteaquam ductus sit, transferre non liceat; sic quoque viae, ubi primo directa fuerit, mutandae potestatem non esse.

Ad modum igitur servitutis constitutae respiciendum erit. — Quid autem sibi vult illa regula; quam stabilire Icti Romani sane voluere: servitute simpliciter constituta, *omnes fundi glebas servire?* Hoc maxime existimo, non *illam* viam, — nam de via, ut monuimus, omnis Ictorum sermo est, — sed indistincte et promiscue *viam* nobis deberi.

Mirum est, quantum in modum reniti videatur huic nostrae explicationi JAVOLENUS; qui quidem in libro X. ad Cassium statuit 5): si totus ager itineri aut actui serviret, dominum in eo agro nihil facere posse, quo impediretur servitus, quae ita

esset diffusa, ut omnes glebae servirent; — ille, inquam, in eodem libro X. ex Cassio ⁶):

Si locus — ait — per quem via, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset, et intra tempus, quod ad amittendam servitutem sufficit, alluvione facta, restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur. Quodsi id tempus praeterierit, ut servitus amittatur, renovare eam cogendus est.

Hoc sane jam aequitas et ratio efflagitant, atque idem plane PAULLUS ⁷) in libro XV. ad Plautium in alia causa probavit: *reviviscere, atque, interrupto usu, non amitti servitutem aquaeductus, si caput fontis, quod exaruerit, ad suas venas rediret, quamquam tempus, intra quod non utendo servitutes amitterentur, jamjam esset praeterlapsum. —*

Quodsi JAVOLENUS, cum omnes fundi glebae servitutem sentiant, dominum fundi servientis aliam prorsus viam praestare debere, iudicium tulisset; equidem nullo modo repudiaremus. Ut enim PAULLI exemplum et argumentum rivi diligentius inquiramus, aquagium non amitti putamus, si ex aliqua naturali causa, veluti terrae motu, vetere alveo relicto, rivi cursus plane alius exstiterit, dummodo causa servitutis remaneat, quae in hoc exemplo fons est, id est, si ille fons

extinctus non sit. Idem in via inundatione occupata, vel vi fluminis a praedio serviente avulsa judicandum exstimo, dummodo causa servitutis maneat efficiens, ut servitus constitui *possit*, et, ut servitus constitui *debeat*; hoc est, ut sit, in quo consistat — *fundus* — et ut adsit finis, quem consequi expediat, — *utilitas servitutis*.

Igitur ex illo JAVOLENI exemplo id eruere non licebit, quod, cum viae servitute imposita omnes fundi glebae servire quodammodo videantur, contra genuinam servitutum naturam certare dixeris. — Numne autem conciliandi ratio erit? — Est sane, eademque haud procul sita, eademque in ipso Icti fragmento latens. Ait enim: „restituto loco, servitutum viac *in pristinum statum* restitui debere, et vicinum renovare cogendum esse *eam*, quae tempore praeterlapso amissa sit. — Quod sane cum simili PAULLI sententia aptissime cohaeret, ejus locum animo cesidisse confiteor. Hujus autem argumenti illa sententia est. — „*Si quis a estiva e aquae ducendae jus nactus per biennium hieme aquam duxerit, statuendum erit, amissa aqua aestiva, aliam servitutum eum sibi adquisivisse.*”⁸⁾ — JAVOLENUS in alia specie aliter judicavit. An mirandum id tibi videtur? Hic enim uti servitute ita non potuit; alter potuit, nec tamen ita voluit

84 Cap. II. Nonnulla, quae Romani

nti, quemadmodum debuit. Uterque, quam primo habuit, servitutem ipso jure amisit, aliam pro alia adeptus; sed ille, qui non sponte amisit, dignus videtur, qui restituatur in *pristinum servitutis statum*, utpote commodiorem.

Verbosi nimis fuimus. Sed ex hoc verborum cumulo colligere licet, quanta sit nostra adversus Ictos Romanos benignitas, quorum, ut salvus sit honos, nullo defatigamur labore. Nam aut hunc, quem eruimus, sensum habet illud JAVOLENI fragmentum, aut nullum.

1) Diss. de servitutibus. §. 3 et 9.

2) Cap. 19. §. 54. — Vid. quoque FESTUS: voc. *Am-segetes*.

3) L. 13. §. 1. de serv. pr. rust.

4) L. 9. de servitutibus.

5) L. 13. §. 1. de serv. pr. rust.

6) L. 14. Quemadm. serv. amitt.

7) L. 35. de serv. pr. rust.

8) Simile quid legitur in fr. 5. §. 1. de aqua cott. et aest. — et fr. 10. §. 1. Quemadm. serv. amitt.

§. 12.

De fundorum divisione.

Ex eo autem, quod stabilivimus, principio sequitur aliud quoddam: dominum fundi servientis nihil facere debere, quo impediatur servitutis usus;

quamvis, via semel directa, ceterae fundi glebae a servitute liberentur, quippe civiliter exerceri jus debeat. Sic quaerendi et excitandi aquam ad iter decursuram jus ademptum est servientis fundi domino, quia impediretur viae usus ¹). Sic aquae quaerendae facultas non erit concedenda, si, quaesitis a domino fundi aquis, alterius, cui servitur, aqua aut minuatur aut avertatur.

Jus faciendi ad omnes fundi dominantis partes spectare et ad omnes fundi glebas redundare intelligitur; qua ex ratione consequitur, servitute ita constituta, si fundus inter socios dominii dividatur, aut particulatim venierit, omnibus partibus, ut antea pro indiviso, nunc pro diviso, adhaerere servitutum. Diximus caute: *servitute ita constituta*. — Nam necesse est, cujuslibet partis fundi divisi intersit, ut servitus retineatur. Si enim fundus fundo aquaeductum et propterea iter quoque ad fontis caput debeat, sed ita, ut ad certam tantummodo fundi partem aqua ducatur; fundo diviso, servitus aquae illam quoque fundi partem sequetur, cui antea fuit, neque alterius fundi partis intererit, cum aquam non habeat, iter deberi. — Quod quidem iterum in simplici via aliter paullulum evenit. Nam servituti viae id proprium est, ut a quolibet fundi dominantis loco proficisci et incipere

videatur. Diviso igitur fundo, cuius parti totum iter debebitur, utpote res mere incorporalis, quae omnem prorsus respuat divisionem." Nam aqua res corporalis est, et inter dominos fundi divisi ex conventionem dividi potest, nec vero via, quae aut tota debetur, id est, in solidum unicuique, aut nulla.

Illud autem notandum est: si fundus ita divisus sit, ut una regio intermedia existat inter fundum servientem et alteram dominantis partem, — cum nisi per praedium intermedium servum faciendi servitus propagari nequeat, — partem intermediam praestare debere, ut aditus sit ad fundum servientem ²⁾).

¹⁾ Habet aquae pluviae arcendae actionem. l. 25. Aq. pl. arc.

²⁾ Vid. de his l. 6. D. Quemadm. serv. amitt. — et ad eam l. CUJACII recit. ad ff.

§. 13.

Collectio dictorum.

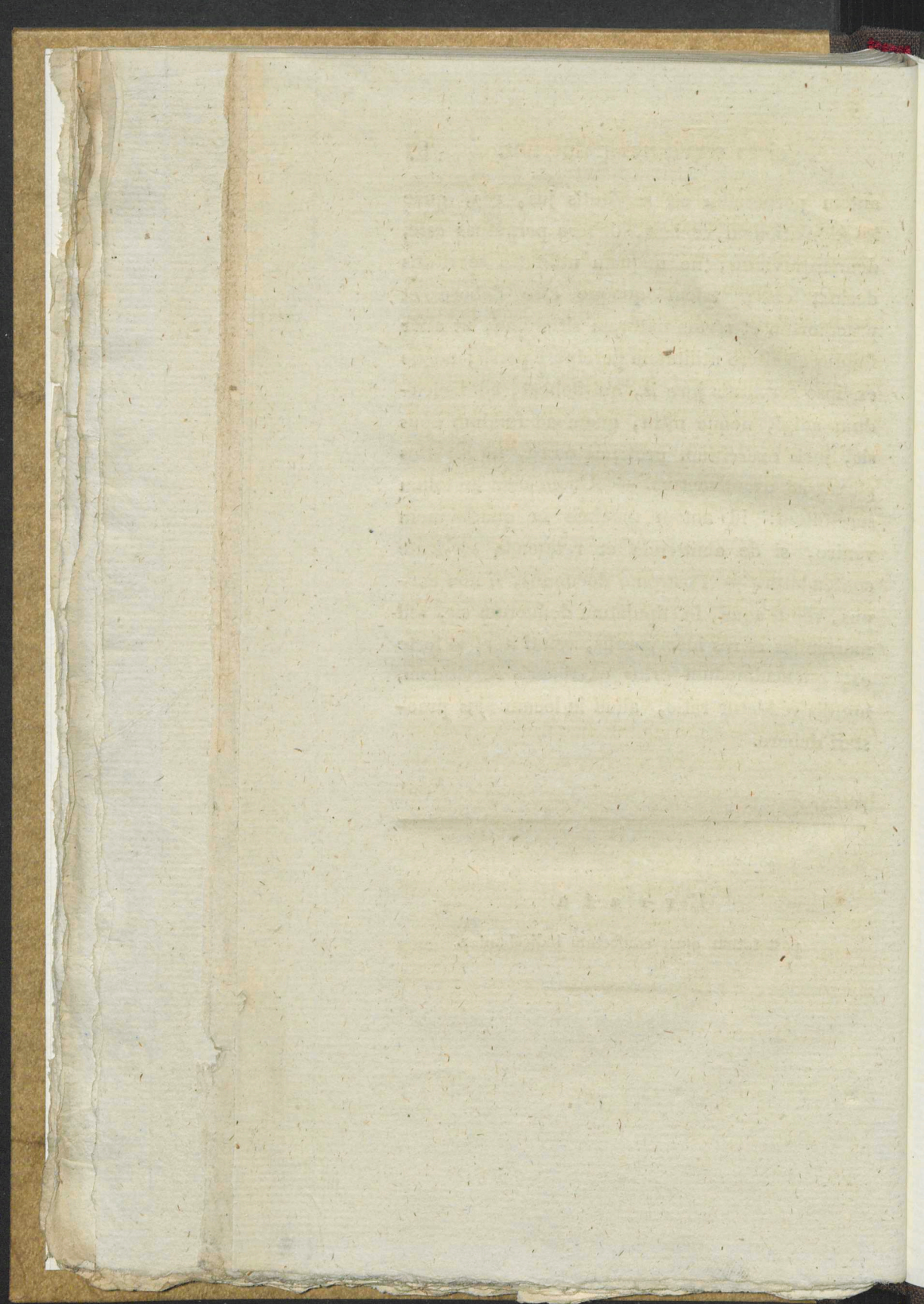
Nunc autem, quae hucusque tradita sunt, ita colligere lubet, ut uno quasi oculorum obtutu totum capias.

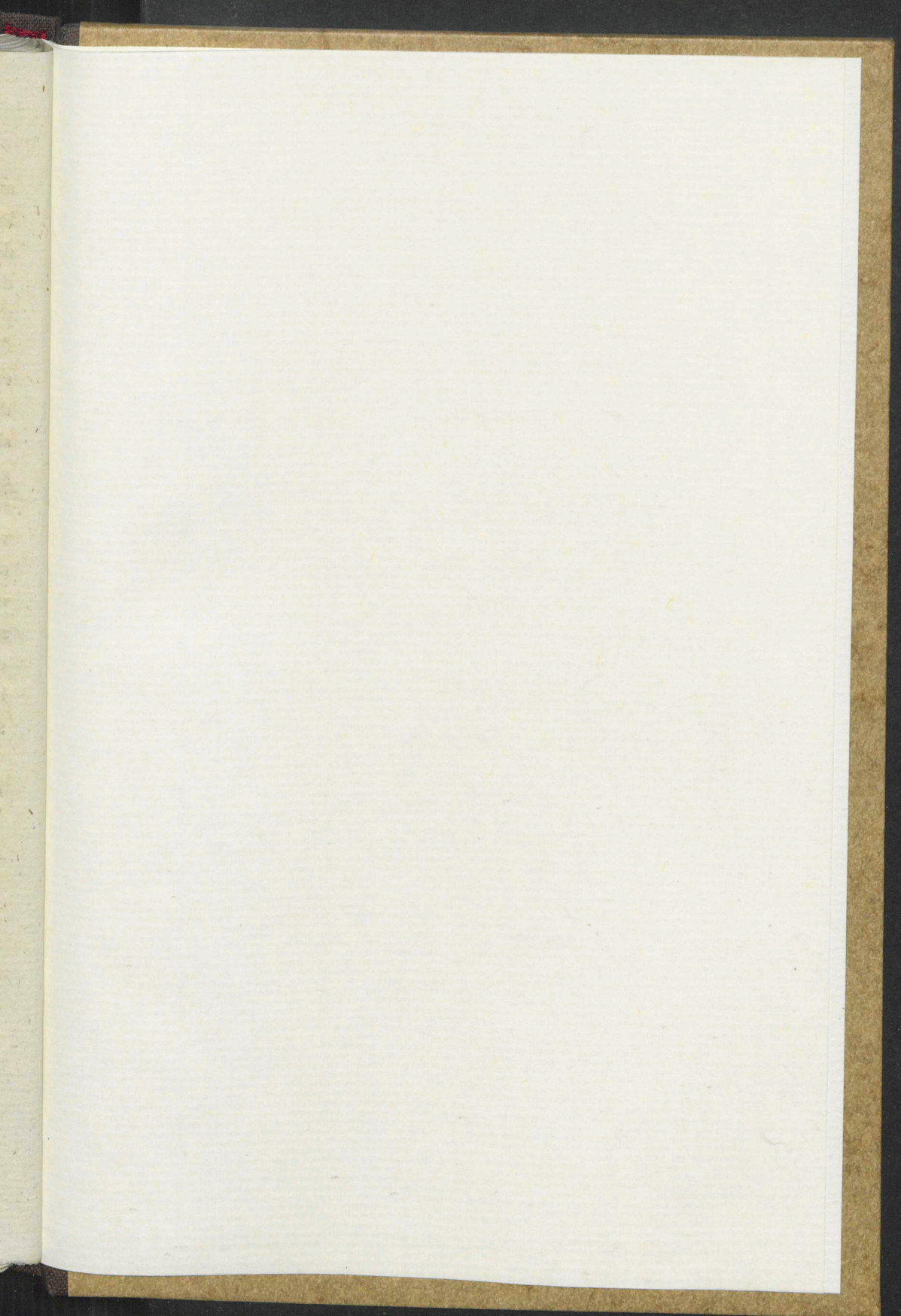
Servitute constituta, utilitas quaedam ad te perveniat; — et sane, amoenior si ex servitute fundi caussa reddatur, utilitatis ratio est. Cum

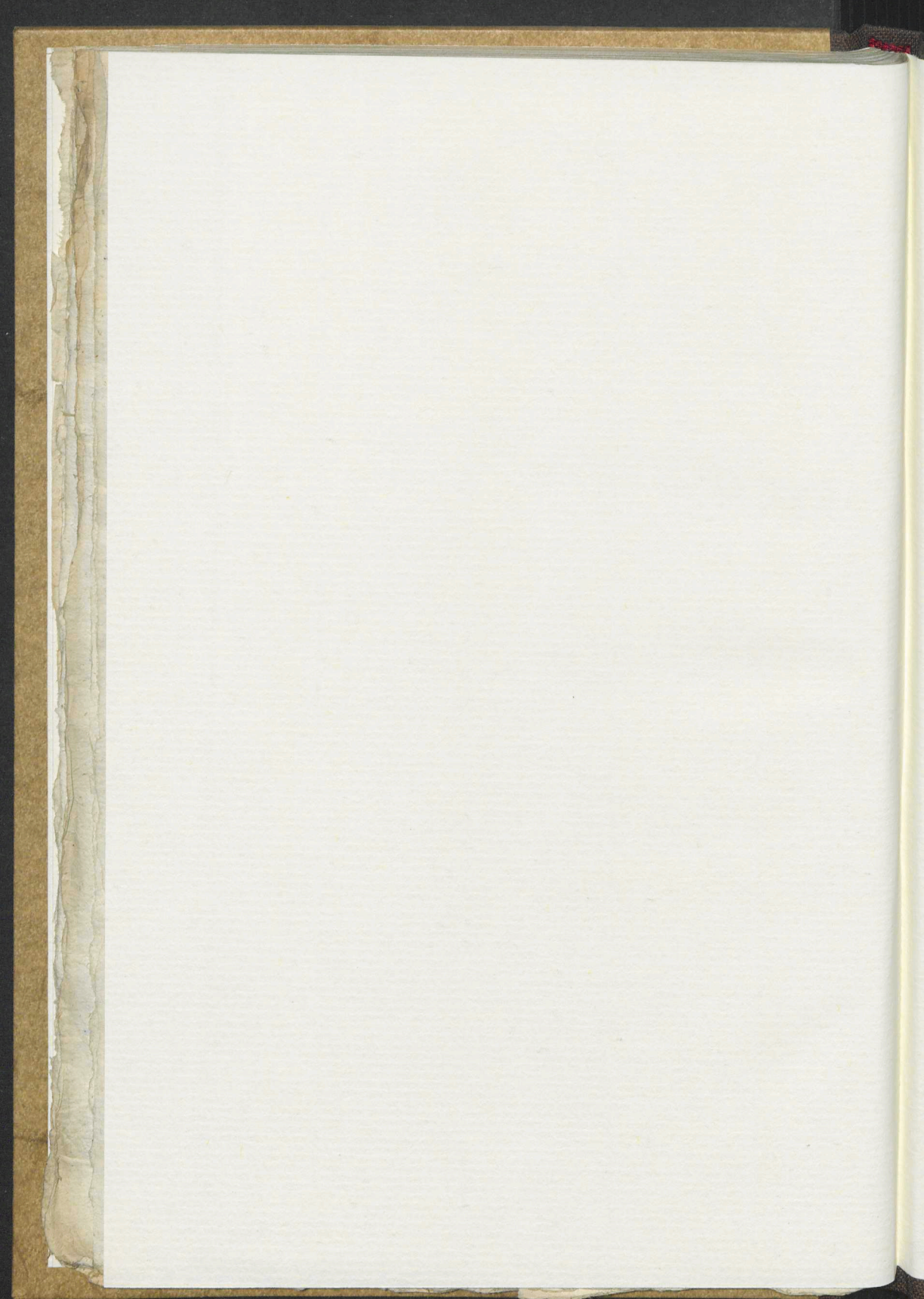
autem perpetuum sit servitutis jus, res, quae in stipulationem veniant, debere perpetuas esse, demonstravimus, ne unquam utilitas servitutis desinat esse; talem quoque esse debere et praediorum et rerum naturam situmque, ut alter fundus ab altero utilitatem percipere possit; neque ex ipso servitutis jure is, qui debeat, ad faciendum adigi, neque ultra, quam ad fundum opus sit, juris exercitium protendi posse, ne servitus gliscat ad usumfructum. — Unam esse ac totam servitutum: id autem maxime in quaestionem venire, si de amittenda et retinenda servitute contendatur. — Postremo docuimus, si non corpus, veluti aqua, in stipulatum deductum sit, sed merum jus et res incorporalis, veluti iter, si forte ea, quemadmodum prius exercueris servitutum, inutilis reddatur ratio, aliud in locum ejus praestari debere.

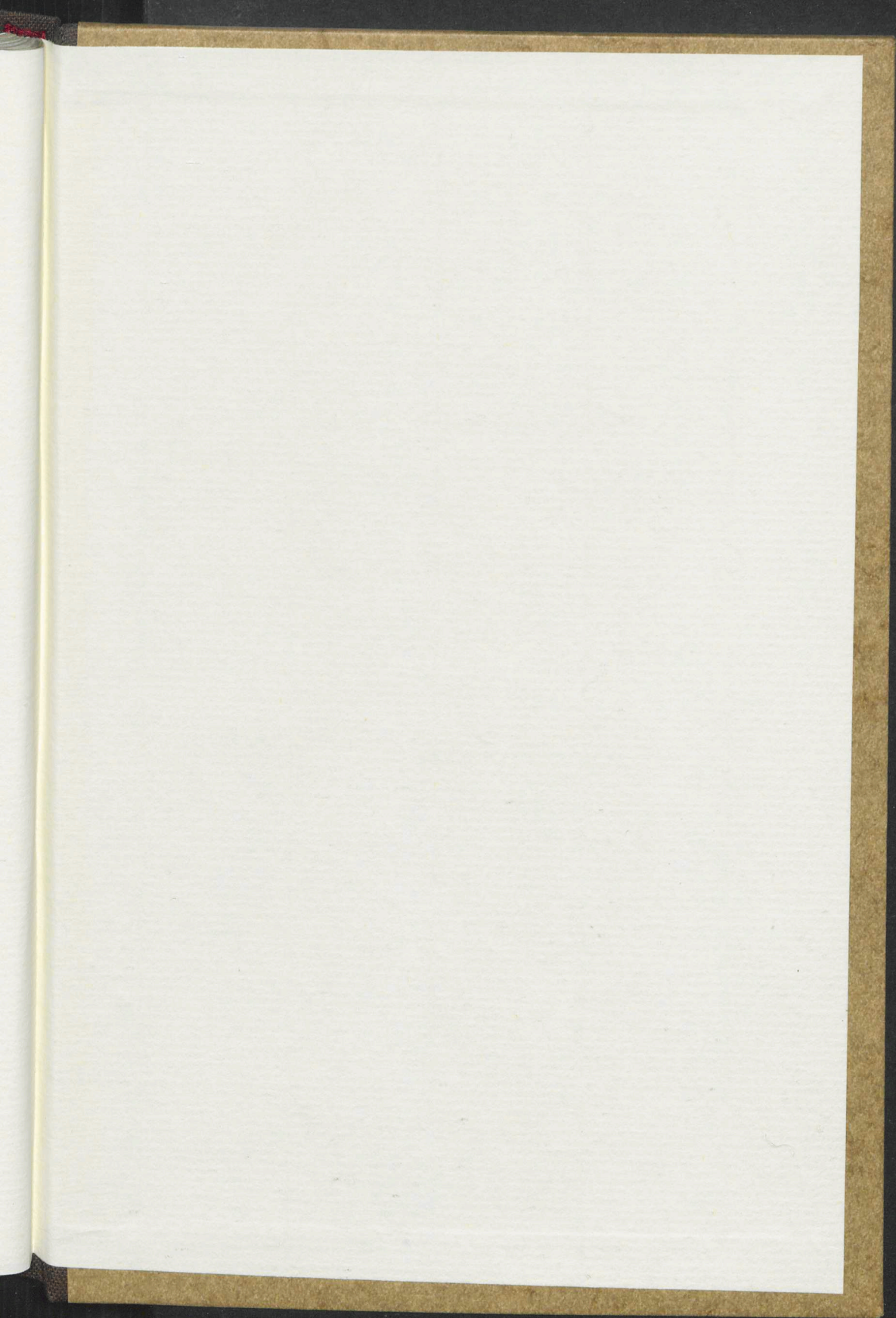
E r r a t a

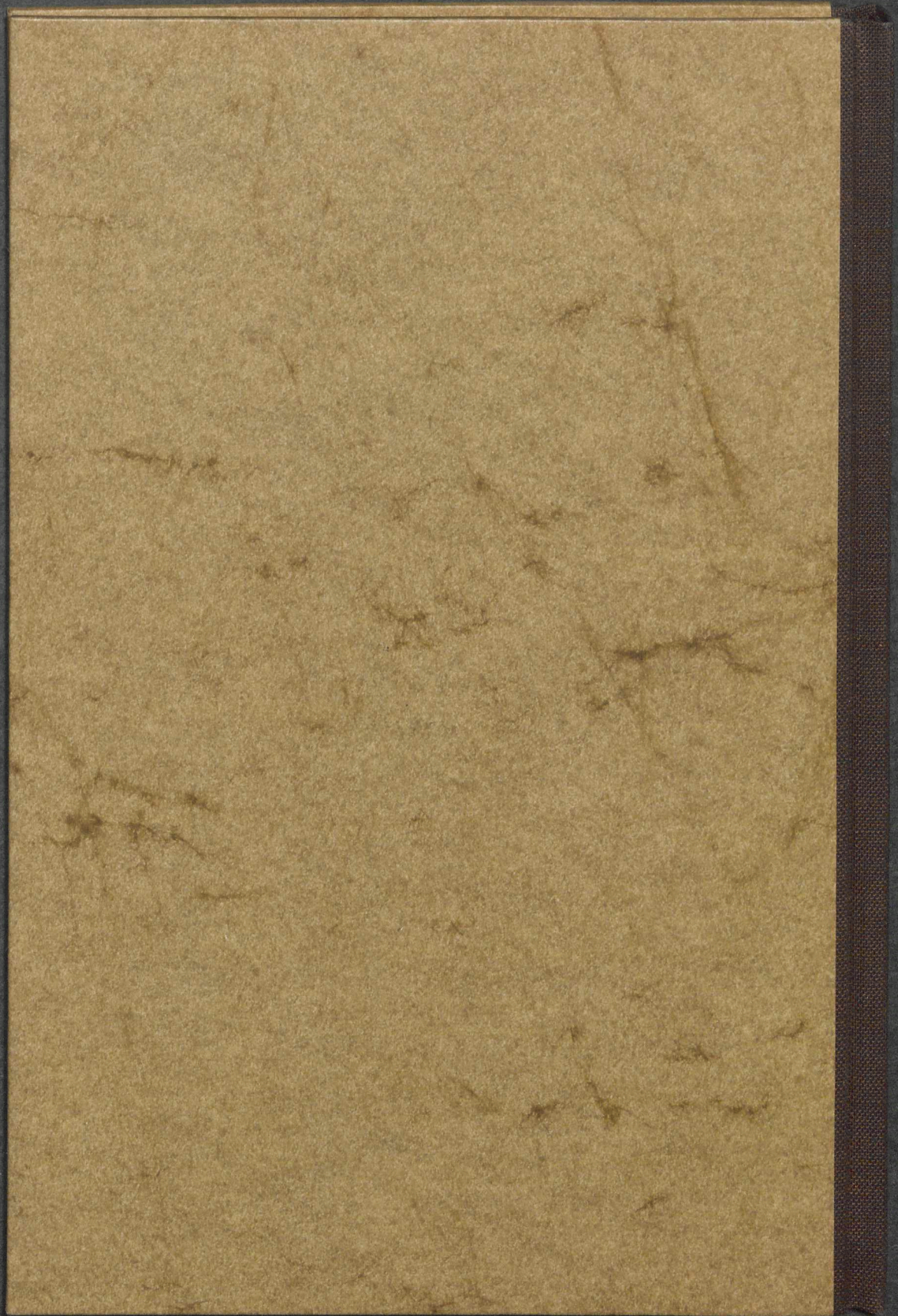
post totum opus confectum indicabuntur.







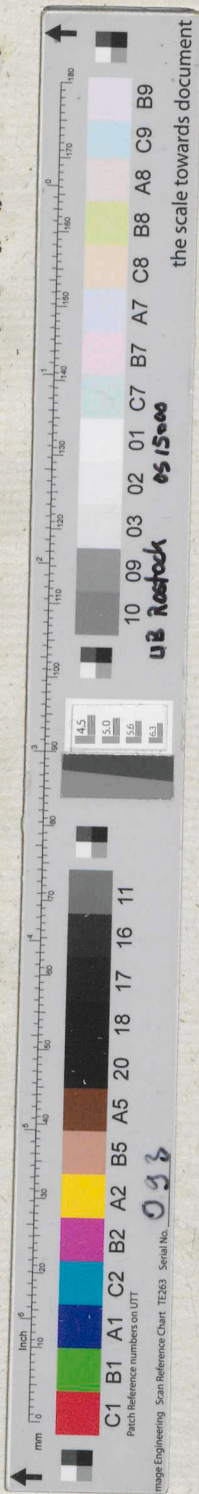




§. 2.

An voluptatis gratia servitus constitui possit.

Magnam inde inter Ictos nostros, gravemque litem video motam, an voluptatis et amoenitatis gratia servitus constitui possit; quam quidem rem, praecedente CUIACIO, THIBOTIUS¹⁾, vir ornatis-
simus, oppugnatis GERARDI NOODTII rationibus, penitus decidit. Sane enim fieri potest, ut ex jure ita constituto ipsius fundi melior et *amoenior* conditio efficiatur. Urbanorum praediorum quoque servitutes, et eae quidem maxime, quae in prohibendo consistunt, plerumque amoeniorem reddunt praedii dominatis conditionem, utpote: servitus, *ne altius tollantur aedes, ne prospectui officiat*. Sed haec amoenitas singularis hominis non est, sed fundi et uniuscujusque, qui eum fundum possidet. Verum, ut PAULLI exemplo utar, — *ut pomum decerpere liceat, ut spatieris, ut coenes in alieno*²⁾, — servitus non dabitur, quia ejusmodi tibi concessum jus ipsius fundi neque amoeniorem neque utiliore rationem reddit, sed importunae hominis lubrici et genio indulget. — At vero aquam ducere ex alieno, quamvis jam tibi abundans supra necessitatem sit, ex servitute, quoquo modo imposita, licebit, neque intererit, utrum necessitatis vel utilitatis gratia, ad irrigandos



the scale towards document